

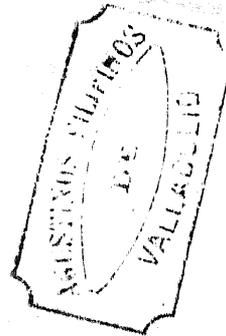
9-8

INSTITUTIONES  
ROMANO-HISPANÆ

AD USUM  
TIRONUM HISPANORUM ORDINATÆ  
OPERA

JOANNIS SALA  
PRÆPOSITI VALENTINI.

TOMUS II.  
EDITIO SECUNDA.



Handwritten scribble or signature, possibly a stylized "S" or "L" with a flourish.

VALENTIÆ  
EX OFFICINA FRATRUM DE ORGA.  
M.DCC.XCV.  
SUPERIORUM PERMISSU.

Reg.	81370
Marc.	
Fond.	
Clas.	
N.º	
Com.	
P.	42
Pres.	

# INDEX

RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM  
& Titulorum ordinem, qui in hoc  
volumine continentur.

## LIBER II.

		<i>De Bonorum Possessionib.</i>	10
		<i>De Acquisitione per Adro-</i>	
		<i>gationem.</i>	11
<i>De Legatis.</i>	Tit.20	<i>De eo cui Libertatis causa</i>	
<i>De Ademptione Legatorum,</i>		<i>bona addicuntur.</i>	12
<i>&amp; Translatione.</i>	21	<i>De Successionibus quæ fe-</i>	
<i>De Lege Falcidia.</i>	22	<i>bant per bonorum vendi-</i>	
<i>De Fideicommissariis He-</i>		<i>tiones, &amp; ex Senatusc.</i>	
<i>reditatibus.</i>	23	<i>Claudiano.</i>	13
<i>De Singulis rebus per Fi-</i>		<i>De Obligationibus.</i>	14
<i>deicommissum relictis.</i>	24	<i>Quibus modis re contrahi-</i>	
<i>Appendix de Majoratibus.</i>		<i>tur obligatio.</i>	15
<i>De Codicillis.</i>	25	<i>De Verborum obligacioni-</i>	

## LIBER III.

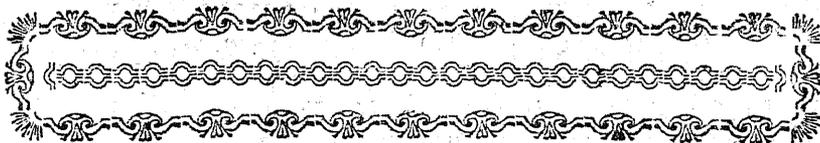
		<i>bus.</i>	16
		<i>De Duobus reis stipulandi</i>	
		<i>&amp; promittendi.</i>	17
<i>De Hereditatibus quæ ab</i>		<i>De Stipulatione servorum.</i>	18
<i>intestato deferuntur.</i>	Tit.1	<i>De Divisione stipulation.</i>	19
<i>De Legitima Agnat. suc-</i>		<i>De Inutilibus stipulacioni-</i>	
<i>cessionem.</i>	2	<i>bus.</i>	20
<i>De Senatusc. Tertulliano.</i>	3	<i>De Fidejussoribus.</i>	21
<i>De Senatusc. Orficiano.</i>	4	<i>De Litter. obligationibus.</i>	22
<i>De Successione Cognatorum.</i>	5	<i>De Obligationibus ex con-</i>	
<i>Ratio succedendi ab inte-</i>		<i>sensu.</i>	23
<i>stato ex jure Hispano.</i>		<i>De Emption. &amp; Vendition.</i>	24
<i>De Gradibus cognationum.</i>	6	<i>Appendix juris Hispani de</i>	
<i>De Servili cognatione.</i>	7	<i>retractibus.</i>	
<i>De Success. Libertorum.</i>	8	<i>De Locatione &amp; Conduct.</i>	25
<i>De Assignmente Libertor.</i>	9		

<i>Appendix juris Hispani de censibus.</i>		<i>De Obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.</i>	5
<i>De Societate.</i>	26	<i>De Actionibus.</i>	6
<i>Appendix juris Hispani de societate legali inter conjuges.</i>		<i>Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.</i>	7
<i>De Mandato.</i>	27	<i>De Noxalibus actionibus.</i>	8
<i>De Obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur.</i>	28	<i>Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.</i>	9
<i>Per quas Personas obligatio acquiritur.</i>	29	<i>De his per quos agere possumus</i>	10
<i>Quibus modis tollitur obligatio.</i>	30	<i>De Satisfactionibus.</i>	11
		<i>De Perpetuis &amp; temporalibus actionibus, &amp; quæ ad heredes, &amp; in heredes transeunt.</i>	12
<b>LIBER IV.</b>		<i>De Exceptionibus.</i>	13
<i>De Obligationibus quæ ex delicto nascuntur.</i>	Tit. I	<i>De Replicationibus.</i>	14
<i>De Vi bonorum raptorum.</i>	2	<i>De Interdictis.</i>	15
<i>De Lege Aquilia.</i>	3	<i>De Pœna temere litigant.</i>	16
<i>De Injuriis.</i>	4	<i>De Officio Judicis.</i>	17
		<i>De Publicis judiciis.</i>	18

**NOTATIO.**

Monuimus in nostro Digesto placuisse nobis, illuc ex Institutionibus transferre Appendices juris Hispani de retractibus, societate legali, & censibus, & quia in illo sedem magis, aut æque propriam, quam in istis habebant, & ut hæ breviores evaderent. Cæterum re postea maturius considerata, eas in Institutionibus servare, necessarium putavimus; propterea quod magnopere desiderarentur in Academiis illis in quibus adolescentes earum incumbunt studio & cathedræ Digesti non extant.

IN-



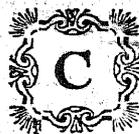
INSTITUTIONUM  
ROMANO-HISPANARUM  
LIBER II.

TITULUS VIGESIMUS.

DE LEGATIS.

*Dig. Lib. 30. 31. 32. Cod. Lib. 6. Tit. 37. (I).*

X



Ognita ratione deferendæ hereditatis ex testamento, recta procedendum vide-

& fideicommissa non minus testamento relinquuntur, quam hereditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommisso honoretur: hæc causæ communitio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut *hoc loco* maxime de his disputeretur, atque ob hanc etiam causam id in *hunc locum* collatum est, *d. §. ult.* cum alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur.

batur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hereditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandarum facta *§. ult. sup. per quas pers. cuiq. acq. quasi manu ducit.* Sed Imperator *hic* aliquantum a cepto deflectit propter legata & fideicommissa; nec absque ratione. Nam cum legata

*Tom. II.*

(1) *Tit. 9. P. 6.*

A

TEX -

## TEXTUS.

## Continuatio.

Post hæc videamus de legatis, que pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cum omnino de testamentis, & de heredibus, qui in testamento instituantur, loquuti simus; non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

## COMMENTARIUS.

I DE iis figuris, quibus per universitatem] Figuris, id est, causis, modis, rationibus. Repetenda vero est memoria ejus, quod notavimus in expositione §. ult. supr. per quas pers. cuiq. acq. in hac distinctione acquisitionum non tam objecti rationem haberi, quam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est, comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum, aut hereditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat, l. 23. l. 26. §. 2. de legat. 1. tamen hunc legatarium non fieri juris successoris, dist. l. 26. §. 2. proinde nec ulla actiones hereditarias, aut active, aut passive in eum transire.

(1) L. 1. d. tit. 9. P. 6.

## TEXTUS.

## Definitio.

1. Legatum itaque est donatio quedam a defuncto relicta, ab herede præstanda (1).

## COMMENTARIUS.

I Legatum, inquit Ulpianus in fragm. hoc tit. est: Quod legis modo, id est, imperativo testamento relinquitur: quæ notatio quedam est & ratio nominis: cæterum quia hoc longiuscule petatum videtur, alii potius legare dictum putant a legendo, quatenus hoc verbum deligere, & decerpere significat: quod & Florentinum existimasse credibile est, ac proinde legatum definitivè delibationem hereditatis, l. 116. in pr. de legat. 1. Nam delibare decerpere est. Cicer. in orat. pro Sext. cap. 56. Omnes undique flosculos carpere atque delibare. Quæ autem decerpuntur, leguntur, Virgil. Eclog. 3. vers. 92.

Qui legitis flores & humi nascentia fraga. Nec dissimili admodum ratione Varro lib. 4. de ling. Lat. legatos a legendo appellatos tradit, quia scilicet publice lecti sint, ut mittantur. Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudinis significationis verbi legare, in qua usurpatur in illo legis XII. Tab. Uti quisque legassit &c. ubi hoc verbo legassit continentur etiam heredum institutiones, & quicquid verbis directis paterfam. in testa-

men-

mento caverit, confirmatur, l. 120. de verb. sign.

2 Donatio quedam] Particulam quedam Modestinus in sua legati definitione non addidit, l. 36. de legat. 2. Non est tamen omnino supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum proprie donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, ne mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. & 2. de donat. Legatum autem sola testatoris voluntate constat, atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab additione hereditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt, l. 5. §. 17. de iis que ut indign. Quapropter nec inter genera donationum, ubi de iis ex professo agitur, legatum numeratur. Est vero nihilominus peculiaris quedam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum a liberalitate testatoris, estque titulus mere luerativus: quam ob causam etiam separatur ab hereditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, l. 119. de verb. sign.

3 A defuncto relicta] Directo scilicet & proxime a defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum, quod quidem etiam relinquitur a defuncto, sed ita, ut relictum prius alteri quæreretur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in definitione Modestini, testamento relicta consulto verbo gene-

(1) L. 34. tit. 9. P. 6. vers. E aun.

raliore usus, a defuncto relicta, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideicommissorum, quæ est l. 2. C. comm. de leg. & fid. Post hanc enim exæquationem non minus legata, quam fideicommissa, non testamento tantum, sed etiam ab intestato relinquere posse cœperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantum ex testamento valebant, §. 10. infr. de fid. hered.

4 Ab herede præstanda] Theoph. Hotom. alique hæc verba abjudicant: quod non probamus: quia præterquam quod extant in vulgatis codicibus, definitionem illustrant: quatenus significant, quod licet dominium rei legatæ directo transeat a testatore in legatarium, l. 80. de legat. 2. l. a Titio 64. de furt. (1), possessio nihilominus ab herede præstanda huic est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius propria & privata auctoritate occupare legatum: alioqui heredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, l. 1. §. 2. quod legat. Porro notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hic, & in definitionibus Modestini, & Florentini; & nonnunquam titulum seu causam, ut tit. pro legato; frequentissime autem designat rem ipsam legatam.

## TEXTUS.

## De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. Sed olim quidem erant legatorum  
A 2 ga-

gatorum genera quatuor : per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem. & certa quadam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

## COMMENTARIUS.

**I** *PER vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem* ] His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt a verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legabatur: *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vindicato*. Per damnationem ita: *Heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeo*. Sinendi modo sic: *Heres meus damnas esto sinere* L. *Titium sumere eam rem, sibi que habere*. Per præceptionem uni ex heredibus legabatur hac formula: L.

*Titius mihi ex parte heres illam rem præcipito, aut præcipuam habeto*. In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad heredem: in sinendi modo formula mixta videtur.

**2** Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed natura quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria: sinendi modo etiam heredis: per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo; quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat heredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem; quantum in nomine & in personam ex testamento agi poterat: quod per damnationem, id actione in personam ex testamento persequendum erat. Namine quoque ejus, quod sinendi modo relictum erat, etiam actionem in rem competisse, ait *Cajus, lib. 2. hoc tit. §. per.* quando scilicet res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Ejus denique nominis, quod per præceptionem coheredi datum erat, familiaris erciseundæ agebatur in coheredes. Hæc fere & quædam alia hujusmodi reperiantur apud *Ulpian. tit. 24. Caj. lib. 2. tit. 5. Paul. 3. sent. 6.* Si cui vacat adeat *Merill.* qui septemdecim horum legatorum dif-

differentias ex jure antiquo erudite erutas exhibuit *obs. lib. 6. cap. 32. p. 175.*

**3** *Constitutionibus Divorum Principum verborum solemnitas sublata* ] (1) Significatur L. 21. C. *hoc tit.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Imp. Constantini, Constantii, & Constantis, quos si singulos spectes, totidem dici possunt Imp. constitutiones. Hi iidem Imp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus heredum, & in amplectenda bonorum possessione, l. 15. *Cod. de testam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss.*

**4** *Nostra autem constitutio* ] Est l. 1. C. *comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, manebat adhuc vetus natura & effectus in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat, quam ante: aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc generum differentiam primus Justinianus sustulit, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, d. l. 1. C. *comm. de legat.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in *libris nostris* tibi occurrant, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutiones Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc: *Per vindicationem, aut per damnationem, ubique sustulit: sed festinantius agens in Pandectarum compositione, vestigia omnia juris*

antiqui, quod Justinianus mutavit, non delevit.

**5** *Non verbis, sed voluntatibus* ] Patet ex his verbis, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem differentia ex voluntate testatorum descendentes, servanda: de quo amplius in §. 22. *infr. hoc tit.*

**6** *Non solum per actiones personales* ] In d. l. 1. C. *comm. de legat.* utitur numero singulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento. Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet heredem, a quo relictum est. Obligatio est quasi ex contractu: quippe cum heres adit aut agnoscit hereditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere; scilicet, ut præstet, quod testator injunxit; atque hoc facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. 5. *infr. de oblig. que quasi ex contr.* Ex quo apparet, tertium possessorem hac actione conveniri non posse, heredem posse, etsi non possideat, per l. 25. *de oblig. & act.*

**7** *Sed etiam per in rem* ] Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis fuit, sed non de omni legato: ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio: de re per formulam dampnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat:

quæ

(1) L. 28. d. tit. 9. P. 6.

quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta a testatore in legatarium transibat, *l. 80. de legat. 2.* Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transibat ad heredem, & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit; & quod etiam res aliena per hanc formulam recte legabatur. Jam vero certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l. 23. in pr. de rei vind.* Ex constitutione vero Justiniani etiam pro legato damnationis consequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis, quam vindicationis, dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Ponendi tamen sunt termini habiles, ut scilicet res legata sit certa species seu corpus, & propria testatoris, per *l. 54. de div. reg. jur.*

8 *Et per hypothecariam*] Priorres duæ actiones etiam veteribus, secundum ea, quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua *hoc loco*, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l. 4. §. 1. de separ. id*, ut locus ipse indicat *juñct. l. 1. §. 3. eod. tit.* accipiendum est de specie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hereditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest, legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actio-

(1) *L. 26. tit. 13. P. 5. vers. Orosi.*

ne hypothecaria in quascunque res a defuncto relictas, adversus quosvis earum possessores (1). Ajo, a defuncto relictas; siquidem non res heredis propriæ, sed hereditariæ, ex hac causa pignori sunt legatariis ex *dict. constitutione* Justiniani obligatæ. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim fit legatarii; rei autem nostræ pignus non consistit, *l. 45. de div. reg. jur. (2).*

9 Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro legatis, aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures heredes ipso jure divisam esse, *d. l. 1. in fin. C. comm. de leg.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l. 65. de evict.* introductum. Ac proinde individua quoque erit, quæ competit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit, *l. 26. de pign. act.* cum in dubio credendum sit, testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui.

### TEXTUS.

#### Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimamus.*  
 (2) *Arg. l. 1. 2. 7. & passim d. tit. 13. P. 5.*

*maximus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum curabulis permistim de his exponendo, studiosis adolescentibus quantum introducamus difficultatem, opere pretium esse duximus, interrim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare: ut natura utriusque juris cognita, facile possint permistionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

### COMMENTARIUS.

I *Superiore §.* didicimus, legata omnia inter se exæquata esse: *hic* docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, *l. 2. C. comm. de legat.* quod etiam *hoc loco* expresse profitetur. Et veteres inter legata & fideicommissa differentiam, quas Ulp. in *fragm. & Caj. lib. 2.* commemorant, certe maxima earum pars, usque ad tempora Justiniani permanserunt.

Quamobrem dubitandum non est, quin illud quod apud Ulpian. *l. 1. de leg. 1.* legimus: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam triennio fere ante editionem *Pandectarum* evulgatam. Et enim concessu Principis hanc potestatem Compilatores *Pandectar.* habuerunt, ut pro arbitrato suo & adjicere quædam, & detrachere scriptis veterum possent, *l. 1. Cod. de vet. jur. enucl.* Idque in pluribus locis ab iis factum esse animadvertere licet. Vide Govean. *1. var. lect. 29. Duar. 2. disp. 9. Donell. 8. comm. 2.* Aliter hoc expediunt Cujac. *8. observ. 4. Rævard. 3. var. 4.* quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalialia sive ad hereditates fideicommissarias non pertinere: is enim, cui ex fideicommisso restituitur hereditas, heredis loco habetur: de quo uberius *infr. tit. de fideicommiss. hered.*

2 *Ut nulla sit inter ea differentia*] Legata utpote ex legibus & jure civili ortum ducentia, strictiorem habebant naturam, quam fideicommissa quæ ex voluntate testatorum magis descendunt. Hinc plurimæ olim erant inter ea differentia, quarum meminerunt Ulp. *tit. 24. & 25. & Cajus lib. 2. Inst. tit. 7.* Has Justinian. sustulit, *d. l.*



2. *C. comm. de legat.* Itaque hodie legata æque ac fideicommissa relinquuntur, ab intestato, a legatario, ante heredis institutionem, ac post mortem heredis: & pro fideicommissis competunt omnes actiones, quas legatariis concessas esse vidimus §. *præced.* Si qua tamen differentia a voluntate relinquentis proficiscitur, servabitur: de quo *inf.* §. 2. *de sing. reb.*

3. *Separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis.* ] Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita disserit, tanquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentia obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublatis voluisse: veluti in §. 10. *inf. de fideicommissis her.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere; & in *pr. tit. de sing. reb. per fideicommissis relicta.* sic loquitur, quasi a legatario etiamnum legare non liceret.

4. IN HISPANIA exæquata quoque sunt legata & fideicommissa, & utraque dicuntur *Mandas*, de quibus *tit. 9. P. 6.* agitur.

### TEXTUS.

De re testatoris, heredis, aliena, cujus non est commercium.

4. *Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam, & prestare; vel si eam non potest redimere æstimationem ejus dare. Sed si ta-*

(1) *L. 10. d. tit. 9. P. 6.*

*lis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur: veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim, si scrivisset alienam rem esse, non legasset: & ita D. Pius rescripit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scrivisse alienam rem legare defunctum; non heredem probare oportere ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit (1).*

### COMMENTARIUS.

I. Inchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari possunt aut non possunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat, nec est sine multiplici distinctione pervius. Primum hoc in genere teneamus, non solum res speciatim sic dictas, sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: nec solum res corporales, sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res, quæ actu sunt in rerum natura, verum etiam, quæ futurae sperantur: quæ non sunt, nec esse possunt, earum legatum inutile esse: de quibus omnibus accuratius agemus suis locis. Porro interest, utrum

utrum res legata sit in commercio, an non sit: & si extra commercium, utrum simpliciter atque in totum, ut sunt res publicæ, sacræ, sanctæ, religiosæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti est: an vero res talis sit certo respectu, & vel ob specialem circumstantiam commercio exempta, cum alioqui per se & conditione sua sit in commercio, cujusmodi sunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta, quæ inutiliter itidem uno atque altero casu excepto legantur: vel exempta commercio quorundam, non omnium, ut mancipium Christianum, cujus commercium non habent Hæreticus, Judæus, Paganus, *tit. C. ne Christ. mancip.* (1): item militia, hoc est: *Officium alicujus eorum, qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt, ex quo salaria a Principe consequuntur;* cujusmodi officiorum constat quoque non omnes jure capaces esse: vide Cujac. in *l. denique 3. §. si quid minori 7. de minor.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium est, cum Præsede non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo post.

2. Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatoris propria, vel non est: & hæc iterum vel heredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, quæ in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re heredis scriptum hic est, eam non minus, quam rem testatoris legari posse (2): neque ullam hoc dubita-

Tom. II.

(1) *L. 8. tit. 21. P. 4.*

(2) *D. l. 10. tit. 9. P. 6. vers. E por ende.*

tionem habet; adeo ut hujusmodi legatum valeat, etiamsi testator existimaverit rem suam se legare, *l. 67. §. 8. de legat. 2.* De re legatarii legata distincte dicitur *inf. sub §. 10.* De re aliena hic itidem traditum est, eam utiliter legari, quando nempe testator eam esse alienam non ignoravit. Postremo illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius sub §. 14.

3. *Sed etiam aliena* ] Etiam res alienas legari posse, semper constitit (3), & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait Juriscons. *l. 39. §. 7. de legat. 1.* Nec obstat lex XII. Tab. quæ tantum de suo legandi potestatem facit, *l. 120. de verbor. sign.* nam & qui legat rem alienam de suo legare intelligitur; onerat enim heredem, ut rem redimat, & redemptam præstet.

4. *Si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare* ] Effectus legati rei alienæ hic est, ut heres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l. 14. §. ult. de legat. 3.* (4), & competit legatario eo nomine actionis personalis ex testamento.

5. *Si talis sit res, cujus commercium non est, nec æstimatio debetur* ] Ejus rei, quæ simpliciter atque absolute extra commercium

B est,

(3) *D. l. 10. vers. Otrosi.*

(4) *D. l. 10. tit. 9. P. 6. vers. Otrosi cum seq.*

est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur, *l. 39. §. pen. de legat. 1. (1)*. Idem est si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt: quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis; & furiosi est talia legata adscribere, *d. l. 39. §. antepen. & ult. (2)*. Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit; quæ ædibus junctæ sunt, utputa columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. 41. cum duab. ll. seq. d. tit. (3)*. Excipiuntur duæ causæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una est in *d. l. 41. §. 5*, altera in *l. 11. §. 14. de legat. 3*. nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam res istæ legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus, *l. 2. C. de ædif. priv.* Hæc omnia liquida sunt, & cunctis probata.

6 Quod si certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testator is, aut heres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat, *l. 34. de verb. oblig.* Idemque est, si heres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona heredis, utpote a quo res mox abitu-

ra est, considerari debet, *l. 49. §. 3. de legat. 2*. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt. Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *d. l. 49. §. 2*. cui simile est, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *d. l. 34. de verb. oblig.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *l. 9. §. ult. de donat.* Cæterum non est hoc æque expeditum, ac præcedentia.

7 Nam primo refragari putatur *l. 114. §. 5. de legat. 1*. Sed hic locus ipse tibi quod respondeas subministrat. Ait Jurisconsultus: *Si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relictæ, vel aliam quamcumque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, alius tamen hoc habere potuit: quanti solet comparari, tantam æstimationem accipiet.* Proponitur legatum licite relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdicitur est. Nemo enim dicet, prædium provinciale licite legari Præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo, & probabili ex causa rem habere non potest; non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, surdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debetur: at non deberetur, si ea res relictæ esset incapaci, arg. *d. l. 11. §. 16. de legat. 3*.

8 Deinde objicitur *l. 40. de legat.*

(3) *D. l. 13.*

*gat. 1*. qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expresse est, utile esse fideicommissum, & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus in *l. multum 34. de verb. oblig.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque æstimationem deberi, quando res ei relinquitur, cui jus possidendi non est, commercium tamen rei habet, juxta definitionem *l. 114. §. 5. de legat. 1*. quam modo laudavimus: de quo casu intelligendam esse *d. l. 40.* late docet, & probat. Idemque est judicium Gregor. Majans. tom. 1. *disp. jur. disp. 20. num. 11.* qui ulterius interpretationem illustrat ex regula, quam in *l. 11. §. 17. de legat. 3*. proponit Ulpian. his verbis: *Ex his apparet, cum per fideicommissum aliquid relinquatur, ipsum præstandum quod relictum est: cum vero ipsum præstari non potest, æstimationem esse præstandam:* cui regulæ convenientissimam merito appellat sententiam *d. l. 40.* observans, hanc desumptam esse ex *eod.* Ulpian. *lib. 2. fideicommissum.* unde deprompta est *laudata lex 11.* Cujac. in *d. l. multum 34.* contendit, redundare in *d. l. 40.* secundam negationem, eamque demendam, ut hic sit sensus, æstimationem deberi, si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ sententia non satis placet: nam præterquam quod nullius codicis auctoritate nititur, non videtur con-

sona dictæ regulæ ab Ulpiano traditæ in *l. 11. §. 17. de legat. 3.* qua generaliter statuitur, non æstimationem, sed ipsam rem præstandam esse, quando præstari hæc potest: nisi dicamus, hanc priorem regulæ partem procedere tantum, cum is, cui præstatio rei injungitur, commercium ejus habuerit, vel res in patrimonio defuncti reperiantur, ex *l. mortuo bove 49. §. 3. de legat. 2.* quasi existimandum sit, his duntaxat duobus casibus posse rem ab eo præstari.

9 *Si sciebat alienam rem esse]* Non semper res aliena legata debetur: sed interest, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debetur; si ignoravit, non item, *l. 10. C. hoc tit. l. 67. §. 8. eod. 2. (1)*: quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione: *Forsitan enim, inquit, si scivisset rem alienam esse, non legasset.* Sed unde illud colligimus, testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimirum; quod nemo facile credendus sit, heredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. l. 67. §. 8.* Atque hinc intelligere licet, distinctionem illam ad rem heredis legatum non pertinere, sed eam omnino deberi, etiamsi testator eam suam existimans legaverit: nempe cum rei legatæ dominium apud heredem est, tam facile eam heres præstare potest, quam rem, quæ defuncti fuit, *d. l. 67. §. 8.* Plane aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistinctè debeatur; veluti si relictæ sit personæ proximæ, puta pa-

B 2

ren-

(1) *L. 13. d. tit. 9. P. 6.*

(2) *D. l. 13.*

(1) *D. l. 10. tit. 9. P. 6. vers. Orosi cum seqq.*

renti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l. 10. C. eod.* (1): quod ad legata in piam causam relicta traducunt Tiraq. *priv. pie caus.* 66. Vasq. *lib. 3. de succ. progr.* §. 27. n. 41.

10 *Legatarium probare oportere*] Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter heredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, heredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator, quid in hac re juris esset, simul definire voluit. Ait autem, ab herede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere, scivisse defunctum rem alienam esse (2), adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *l. 23. C. de prob. l. 4. Cod. de edend.* (3), quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit; qui hic legatarius est, non heres. Hoc idem eisdem verbis & Marcianus tradit *l. 21. de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod heres præsumptione juris adjuvatur, quæ, etsi actoris partes heres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l. 8. & 9. eod. tit.* Plane potest hoc jus ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præ-

sumendi pro legatario, scivisse defunctum rem alienam esse, Gomez *l. var. 12. n. 13.*

11 Si res legata partim aliena erat, quia puta testator fundum quem cum Titio communem habebat, legavit, ea duntaxat pars quæ testatoris fuit, legatario debetur: quia cum testatores faciliores sint in legandis rebus suis, quam in onerandis heredibus, ut alienas comparent, *d. l. 67. §. 8.* existimandum est, defunctum ad partem suam legatum revocasse, ut recte docuerunt Bart. Bald. Duar. in *l. 5. §. ult. de legat. 1. & Mantic. 9. de conject. ult. vol. tit. 1. n. 12.* Quæ interpretatio cum accommodari nequeat casui quo res in totum aliena legatur, discrimen inter utrumque casum constituit, quod quæ contrarium ac nos in legato rei communis sentiunt, animadvertente debuerunt.

### TEXTUS.

#### De re pignorata.

5. *Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena; ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet heres eam luere (4).*

COM-

### COMMENTARIUS.

I **R**ES pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstare cogimur, *l. 14. de verb. sign.* unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc est, quod in re pignori obligata idem placet quod in re aliena, ut quemadmodum heres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, solummodo creditoris pecunia, *hoc text. l. 57. de legat. 1. l. 6. C. de fideic.* Non obstat, quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est; verbi causa, si fundus, qui legatus est, servitutem debet, eum cum servitute recte præstari, *l. 69. §. 3. de legat. 1.* si servus statuliber legatus est, statuliberum recte dari, *l. 44. §. pen. eod.* Nam quod de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est, fundo legato, cujus ususfructus alienus est, heredem hunc ususfructum redimere debere; quoniam scilicet & in usufructu res aliena legata videtur: nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continet, & ideo instar obtinet portionis, *l. 66. §. pen. l. 76. §. 2. de legat. 2.* Plane si quis præ-

dium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum heredem prædium liberare, post Joan. Fab. Tuldenu *hic, cap. 11.* annotavit: quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione.

2. *Ita demum, si sciebat defunctus*] (1). Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: ceterum tunc res a legatario luenda est, *ad. ll.* (2). Duo sunt casus, quibus placet, etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse, heredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æque legaturus fuisset, si scisset obligatam, *d. l. 57. de legat. 1. d. l. 6. C. de fideic.* de quo constare poterat, si vel testator id aliquando aperte professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, arg. *l. 10. Cod. de legat. (3).* Alter casus est, cum debitum exæquat, aut superat pretium rei pro eo obligatæ (4): quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, iustificaretur, *d. l. 57. in pr.* ubi ita legendum est: *Vel nisi non potest aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno*, ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ, & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pac. non ut vulgo legitur: *Vel potest aliquid esse superfluum, &c.* Nam hac lectione retenta, hic

Ju-

(1) *D. l. 10. vers. Fueras ende.*

(2) *D. l. 10. vers. E para.*

(3) *L. 1. tit. 4. P. 3.*

(4) *L. 11. d. tit. 9. P. 6.*

(1) *D. l. 11. tit. 9. P. 6.*

(2) *D. l. 11. in fine.*

(3) *Arg. d. l. 10. eod. vers.*

Fueras ende.

(4) *D. l. 11. vers. Otriosi.*

Jurisconsulti sensus fuerit, ut recte Fachin. *lib. 12. controv. 34.* quotiescunque plus est in re legata, quam in debito, pro quo obligata est, heredem eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse; quod & verum esse existimat Fachin. *d. loc.* & D. Tulden. *hic, cap. 11.* quod non placet; quia ita regula convertenda esset in contrarium, quoniam rarissime fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatione non superet quantitatem crediti.

3 *Voluerit legatarium luere, & hoc expresserit* ] Ratio manifesta est: quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus; sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l. 33. de legat. 1.*

## TEXTUS.

## De re aliena post testamentum a legatario acquisita.

6. *Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest; nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non posse (1). Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeat, interest, utrum rem, an æstimationem ex testa-*

*mento consequutus sit: nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si æstimationem agere, potest (2).*

## COMMENTARIUS.

1 **S**i res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf. §. sed si rem 10.* Quod si eo tempore aliena est, & legatarius postea ex alia causa dominium ejus nactus sit, placet, inspiciendum esse, quali ex causa nactus sit, ex onerosa, an lucrativa: si ex causa onerosa, actione ex testamento cum agere posse, & pretium consequi contra si ex lucrativa, non posse, propter regulam, quæ definit, duas causas lucrativas in eandem rem & personam concurrere non posse, quam statim explicabimus, *l. 4. §. 29. de dol. mal. & met. exc. l. 61. de solut. (3).* Causa onerosa est: *Ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus:* quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. 19. de obl. & act.* Lucrativa causa est: *Ea propter quam accipienti nihil abest,* quales sunt legatum, fideicommissum, donatio.

2 *Duas causas lucrativas in eundem hominem & eandem rem* ] Definitio generalis, cui locus est non tantum, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, sed etiam si ex aliis causis similiter lucratis, *l. 17. de obligat. & act.* Est enim duarum lucratarum causa-

rum

rum circa eandem rem & personam concursus, species liberationis, *d. l. 17. de obl. & act.* quæ, ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, de qua regula loquimur *inf. §. 14. hoc tit.* Cum enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, coepit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, *§. 14. infr. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: ? cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eandem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus, quam si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat; emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse secundum veterum doctrinam, qui sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l. 14. de verbor. sign.* Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. 17. de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituaatur, definitio locum non habet, *l. 82. in pr. & §. 1. de legat. 1. fac. l. 71. de verb. sign.*

3 *Si ex duobus testamentis eadem res* ] Ait, *duobus*, id est, *duorum testamentis.* Nam si eadem res eidem sæpius legetur eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque, vel rem consequi, vel rei æstimationem, *l. 34. §.*

1. *de legat. 1. (1).* Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, nec tam legasse sæpius, quam sæpius locutus creditur, *l. 66. §. 5. de legat. 2.* nisi manifeste constet ampliandi legati causa sæpius legasse: ut in hac specie: Duos quis scripsit heredes, & damnavit unumquaque solidam rem legatario præstare; hic idem esse, responsum est, atque si duobus testamentis legatum esset, *l. 53. §. 2. de legat. 1.*

4 Ait, *eadem res, id est, eadem species, idem corpus:* nam si eadem quantitas eidem duorum testamentis relicta sit, puta centum aurei, solidum legatum ex utriusque testamento peti potest, quamvis si in eodem testamento, non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quam si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; præsumitur enim potius repetisse legatum, quam voluisse multiplicare, *d. l. 34. §. 3.* nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento, & codicillis; tunc enim nisi heres contrarium ostendat legatum duplicatum præsumitur, *l. 12. de probation. & ibi Gloss. (2) & comm. DD.* Duar. ad *d. l. 34.* ubi occurrit argumentis Zassii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate, vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasset legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l. 9. de adm. legat. Bald. Zas. in d. l. 34. §. 1. Gomez 1. resol. 12. num. 38.*

5 *Utrum rem, an æstimationem*

(1) *L. 43. d. tit. 9. P. 6.*

(2) *L. 44. eod.*

(3) *D. l. 43. tit. 9. P. 6.*

(1) *L. 45. d. tit. 9. P. 6.*

(2) *D. l. 45.*

nem] (1). Igitur quod scriptum est in *d. l. 34. §. 2.* si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est cum Gloss. ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, ex altero rem adhuc petere possim; non autem, ut possim de æstimatione agere, si rem antea consecutus fuero. Non obstat huic distinctioni *l. 84. §. 2. de legat. 1.* ubi per exceptionem repellitur, qui pretium rei legatæ accipit: nam in specie *d. l.* heres Titius id duntaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit: videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum representationis contineatur. Rationem propositæ distinctionis suppeditat *l. 88. de verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus, eum qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra, qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam; re enim æstimationem contineri: æstimationem rem non contineri: ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Ad hæc, etiam affectio ad rem esse potest supra æstimationem, *l. 35. de minorib.*

## TEXTUS.

De his, quæ non sunt in rerum natura.

7. Ea quoque res, quæ in re-

(1) *D. l. 44. tit. 9. P. 6.*

(2) *L. 12. eod.*

rum natura non est, recte legatur; veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illi ancilla natum erit (2).

## COMMENTARIUS.

I Quæ in rerum natura non sunt nec actu nec potentia, frustra & inutiliter legantur. Quod vero in rerum natura nunc quidem non est, sed futurum est, aut futurum speratur, legari potest, licet fieri possit, ut actu in rerum natura nunquam existat.

2 *Fructus, qui in illo fundo]* Puta hoc modo: *Fructus, qui nascentur in fundo Tusculano, heres dato, vel sic expressa certa quantitate: Centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Sempromiano, heredem meum dare jubeo, l. 24. de legat. 1. l. 5. de tritic. vin. leg.* Ex his autem legatis, si nihil natum sit, nihil debetur; si non tantum, quantum legatum, non amplius debetur, quam quantum natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset: *Si hoc vel tantum natum fuerit, d. l. 5. l. 8. §. 2. de legat. 2.* (3). Et hoc est, quod Pomponius significat, cum ait iæsse hujusmodi legatis conditionem, *l. 1. §. ult. de cond. & dem.* quoad obligandum scilicet heredem: ex natura nimirum ipsius rei, *l. 73. in pr. de verb. obl. extrinsecus*, non ex testamento, venientem. Hujusmodi autem generis conditiones, cum non impediunt, quominus dies legati a morte testatoris cedat, mortuoque,

(3) *Arg. l. 18. d. tit. 9. P. 6.*

licet nondum natis fructibus, legatario, spes legati transmittatur ad heredem, *l. 25. §. ult. junct. l. 6. §. 1. quando dies leg.* inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, *leg. 99. de cond. & demonst.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg.* Itaque hoc legatum purum est quoad transmissionem; & conditionale quoad heredis obligationem, Gloss. & DD. ad *l. 25. §. 1. quan. dies leg.* ad Gom. 1. *resol. 12. num. 24.* Obiter & illud hic monendum est, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, si fundus adjectus sit, non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo adjecto tantum percipi non possit, *l. 12. de alim. leg. l. 27. §. ult. de legat. 3.*

## TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio, & Sejo hominem do, lego. Disjunctim ita-

Tom. II.

(1) *L. 33. d. tit. 9. P. 6.*

Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. Sed & si expresserit: Eundem hominem Stichum, æque disjunctim legatum intelligitur. (1).

## COMMENTARIUS.

I Tangitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse, vel subtilior, vel perplexior. Jus accrescendi est: Quo deficientium heredum ejusdem hereditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjuvantur, qui suam portionem agnovenerunt. Appellatione heredum & bonorum possessores intelligimus, *l. 3. §. ult. de bonor. poss. junct. l. 138. de verb. sign.* & eos quoque, quibus ex fideicommissis restituta est hereditas, *l. 43. cum leg. seq. §. 1. ad SC. Trebell. Gomez 1. resol. 1. n. 19.* Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares, & donatarios mortis causa, *l. un. §. 14. C. de cad. toll.*

2 Valet hoc jus in hereditatibus ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc est: Neminem hereditatis sibi delatæ partem semel quesitam repudiare posse, *l. 4. C. de rep. her.* Alterum: Neminem ejusdem hereditatis, quæ alium heredem non habet, partem habere posse, partem reputare, *l. 1. & l. 2. de adq. vel om. hered. l. 20. C. de jur. del.* Quin nec ipsum testatorem hoc jus in heredibus

C

pro-

prohibere posse, demonstravimus supra in §. 5. de her. inst. Si vero non prohibuerit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur, tanquam ex substitutione tacita, l. 61. §. 1. de legat. 2. Ergo qui ex aliqua parte heres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei invito etiam & ignorantibus deficientium portiones accrescunt, l. 31. l. 53. §. 1. de adq. vel om. her. & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum, l. un. §. 10. C. de cad. toll.

3. Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: si promiscue conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hereditariis: & in distributione, si permixti instituti sint disjuncti & conjuncti, placet, conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quam singuli disjuncti, l. 34. in pr. de legat. 1. d. l. un. §. 10.

4. Obtinet quoque idem jus in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verum effectu non nihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle in-

telligitur, & legatum scindi, si concurrant: si vero non concurrant, solidum, postposito herede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest; & si singulis res singularæ relicte sunt, uno deficiente, portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hereditate manet, augetque jus heredis, cui & ab initio relinqui potuisset, l. 84. §. penult. de legat. 1. Deinde cum deficientis heredis portionem coheres etiam invitus, & cum onere semper accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficientis volenti tantum, sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem, sed sine onere, l. un. §. 11. C. de cad. toll. Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficientis portio defecta deferatur, potest eam non admittere, quoniam deficientis potuit: ea autem admissa, etiam onus ei adjunctum subire debet, per l. 177. de div. reg. jur. Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet, quam consequitur alienum, ut huic potius non decrescere, quam portio deficientis accrescere videntur; sic enim Justinianus disputat in d. l. un. §. 11. vers. sin vero, Gomez r. resolut. 10. num. 42. Duarenus r. de jure accrescend. 11.

Ju-

5. Jure veteri fuit in hac questione nonnulla in legatis ipsis differentia: nam in legatis per damnationem nunquam juri accrescendi locus erat, testes: Ulpian. in fragm. tit. 24. Caj. lib. 2. inst. tit. 5. atque ex parte Justin. d. l. un. §. 11. Hæc differentia etsi novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocunque genere legati, & quocunque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum; quæ non satis accurate ad normam novi juris a Compilat. Pandectar. descripta sunt: quod est maxime, quod hanc questionem tam perplexam facit.

6. Porro autem cum non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti sunt), locus sit juri accrescendi, nec olim etiam fuerit, inde nata quæstio de conjunctis, eorumque differentia, quem locum tractat Paul. l. triplici 142. de verb. sign. & l. 89. de legat. 3. ex cuius disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes: Qui ad eandem hereditatem, aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito: Quibus eadem res ab eodem testatore legata est: & quidem hos solos, non alios. Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eandem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur, d. l. 142. & d. l. 89. in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantum, scilicet: Quorum singuli separatim, seu diversis orationibus

ad eandem hereditatem, aut rem vocantur, ut: Titius heres esto: Sejus heres esto. Titio fundum Tusculanum do lego: Sejo fundum Tusculanum, aut eundem fundum do lego: alii re & verbis simul, nempe: Quas & nominum & rei complexus jungit, ut: Titius & Sejus heredes sunt. Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego: alii denique, verbis tantum, videlicet: Qui eadem oratione ad eandem successionem aut rem vocantur additis his verbis: ÆQUIS PARTIBUS; veluti: Titius & Sejus heredes sunt æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do lego.

7. Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere, nam ubi jus conjunctionis, ibi jus est accrescendi, & contra, l. 16. quib. mod. us. amitt. nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est, quam ut sciremus, inter eos, qui conjuncti sunt, jus accrescendi esse, inter alios non esse; quamvis sint, qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes conjunctos non æque conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores, & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantum, oratio separat: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, l. 34. in pr. de legat. 1. l. un. §. 10. & seq. C. de cad. toll. & hoc tenent. Atque ex hac arctiore conjunctio-

C 2.

ne

ne procedunt effectus, quos recensuimus *supr. n. 3.*

8 Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit: si plures agnoverint, singulis accrescit præ virilibus & æquis portionibus, quemadmodum ab initio omnibus in casum concursus aquæ & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un. §. 11. l. 19. §. ult. de legat. 1.*

9 *Eadem res*] Inter diversarum igitur rerum legatarios non est jus accrescendi. Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto: *Mævio illius fundi partem dimidiam do lego: Sejo partem dimidiam do lego*, non intelligitur res eadem legata, sed altera, atque altera, & diversæ singulis: ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars reus non ad collegatarium, sed ad heredem pertinet, *l. 1. in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt diversæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l. 5. de stip. serv.* Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut his, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis: hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert in *l. 3. de usufr. accresc.* Totiens jus esse accrescendi: *Quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res divisa est.*

10 *Sive conjunctim sive disjunctim*] Conjunctim legari dicitur, hic quando una oratione, una eademque res pluribus legatur:

disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eandem rem vocantur ut monuimus modo *num. 7.*

11 *Sciuntur inter eos legatum*] Hoc alibi sic dicitur: *Concursu partes habent, aut concursu partes faciunt, l. 34. §. 10. de legat. 1. l. 80. de legat. 3.* Estque hoc certissimum argumentum, in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim, sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cum dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemque solidum petere posse, non expectato casu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat; hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un. §. 11. C. de cad. toll.* sed habere solidum, considerato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate testatoris. Omnino enim credibile est, testatorem ad hunc eventum respexisse atque ideo re conjunxisse singulos, seu singulis eandem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum absque eo foret, ut pars deficientis rediret ad heredem.

12 Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere recte dicuntur, easque etiam in

in hunc eventum habent ex voluntate testatoris, quæ hic manifesta est, cum, utroque concurrente, quod utique futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur, tamen totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum, qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas deinceps concursu faciunt, quales sunt, quibus partes tantum ab initio assignatæ.

13 Cæterum quod tam conjunctos, quam disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. 34. §. 9. de legat. 1.* expresse scribit, si conjunctim res legetur, partes ab initio fieri; nec solum partem facere eos, in quorum persona constitit legatum, verum eos quoque, quorum in persona non constitit. *Hunc locum* ob stare non putant, qui non intelligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minime obscurum est, nimirum: *Facere, ut quis partem tantum habeat in eo, quod totum habiturus esset, si solus esset*; aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut constat ex *l. 7. de reb. dub. l. 84. §. 8. de leg. 1. cum similibus.* Quid ergo respondemus ad dictum locum Ulp. in *l. 34. §. 9. de legat. 1.* ubi tam diserte Jurisconsultus ait, in conjunctis partes ab initio fieri? Antonius Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis, restringit ad verba conjunctos tantum, qui effectum ne con-

juncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeo dicamus, de iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris, vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat, caducum olim fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hereditate mansissent, vel accrevissent conjuncto. Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod est in *d. l. 84. §. 8.*

14 *Vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo*] Ait *vivo testatore*: quia si eo mortuo decesserit legatarius, partem quam ipse habuisset, ad heredem suum transmittet, cum is sit effectus cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l. 5. & passim quando dies legat. & fid. ced. & post constitutionem Justiniani cedat a morte testatoris, l. unic. §. 1. C. de cad. toll. (1).* Non frustra igitur dixit, *vivo testatore.*

15 *Titio & Sejo hominem Stichum do lego*] Quod in his quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solum utitur exemplo re & verbis conjunctorum, & re tantum conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantum conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Antonius Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis, restringit ad verba conjunctos tantum, qui effectum ne con-

(1) *L. 34. d. tit. 9. P. 6. vers. Etiam cum idq.*

argumentum perexiguum ad illud probandum pondus habet : nam nihil certius & notius est , exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam. Sed tamen utra sententia verior sit , operæ pretium est penitus inquirere. Illud pro confesso habendum atque omnino retinendum est , nullos esse conjunctos , ad quos quidem jus accrescendi pertineat , nisi qui re sint conjuncti , sive quibus relicta eadem res , ut *num. 9. monuimus*. Hinc jam de questione proposita judicandum est. Nam si verbis tantum conjuncti qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum , non sint simul re conjuncti , ex superiori definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit : contra pertinebit , si iidem re quoque conjuncti sunt.

16 Nos verius existimamus , verbis conjunctos , quos hic vocamus , etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat : *Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego ex æquis partibus* , is utique utrumque conjungit in eandem rem , dum simul & semel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio ; nam etsi hæ partes non exprimantur , tacite tamen significantur enumeratione personarum , *l. 56. de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur , tamen si exprimantur , pro supervæuis habentur , *l. 69. de her. inst.* ut omnino verum sit , quod Baro ait , non aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re & verbis , quam quod in illis partes æquæ exprimantur a testa-

tore , quia casum quo uterque concurrerit , consideravit ; in his non item : iudicio autem defuncti pari jure censeri , arg. *l. 16. in fin. de legat. 1.*

17 Confirmatur hæc sententia primum aperto textu *d. l. 16. §. ult. de legat. 1.* ubi non solum qui re & verbis conjunctus est , sed etiam cui virilis portio data , id est , conjunctus verbis tantum , argum. *d. l. 142.* non concurrente altero , totum vindicare dicitur. Deinde ex eo , quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure , quam is , qui re tantum conjunctus est , *d. l. 89. de legat. 3.* siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi , & conjunctionem realem : & præposterum est , quod Ant. Fab. *dec. 49. err. 8. & 9.* respondet , verbis conjunctos , licet per se re disjuncti sint , ex accidenti tamen & postfacto etiam re conjunctos fieri , concurrente tertio aliquo , qui illis re jungatur. Nam conjunctionem non concursus efficit , sed dispositio testatoris ad eandem rem plures vocantis , ut necesse sit , eos , quos in parte deficientis concurrere , aut aliis præferri volumus , considerari , ut ab initio sententia testatoris conjunctos.

18 Nihil pro sententia Fabri facit , quod a Javoleno responsum est in hac specie , si testator Mævio fundi partem dimidiam , Sejo partem dimidiam , et eundem fundum Titio legaverit , Sejo deficiente , partem ejus pro portione legati non Titio solum , sed etiam Mævio accrescere , *l. 41. in pr. de*

*de legat. 2.* Nam Mævius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt , sed conjuncti re tantum , verbis inter se separati : quod ipse Jurisconsultus expresse testatur. Ait enim , separatim & partes fundi & totum legatum esse : apparetque legatum hoc sic a Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris , quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti : Titius autem cum his in eandem dimidiam , quia cui totus fundus legatus est , ei utique & eadem dimidia legata intelligitur , cum verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint : similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus , quorum uni fundus , alteri usufructus ejusdem fundi legatus est , *l. 19. de usu , & usufr. & red. &c.* quod plenius & eleganter explicat Donell. in *epist. ad Alber. Gentil.* inserta opusculis Donelli posthumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac questione sit effectus , quam ut jus accrescendi conjunctus habeat , cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt , conjunctos tamen eos , non disjunctos appellamus ?

19 Cæterum non admodum levia sunt argumenta , quibus contrariæ sententiæ Auctores jus accrescendi denegant verbis tantum conjunctis. Nam imprimis eos non esse re conjunctos , ipsa appellatio statim a principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantum conjuncti , *l. 142. de verb. sign.* item verbis conjuncti , non etiam re , *l. 89. de legat. 3.* Idem videtur ostendere expressio par-

tium singulis attributarum : nam ut hæ partes indivisæ sint ; sunt tamen diversæ , ut dici non possint re conjuncti , aut singulis eadem res relicta. Denique non est realis conjunctio nisi inter eos , qui solidum ex iudicio defuncti habent : verbis autem conjuncti non solidum , sed partes habent , easque expressas verbis testatoris ; ut proinde & partes ab initio facere , *l. 34. §. 9. de legat. 1.* & semper partes habere dicantur , *d. l. 89. de legat. 3.*

20 Sed respondemus , eos dici verbis tantum conjunctos , conjunctos verbis , non re ; non quia vere verbis tantum conjuncti sunt , re plane disjuncti : sed quia tales videntur in comparatione re & verbis conjunctorum , inspecta forma & conceptione verborum , quæ sola hæc genera separat ; & adscriptis æquis partibus in verbis conjunctis qui dicuntur , res diversas testator facere videtur : quod tamen non ita est , si rem ipsam spectamus , & sententiam testatoris , cujus iudicio cum pariter ad eandem rem vocentur , pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur , si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur , & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum : idque adeo verissimum esse ostendit *l. 80. de legat. 3.* ubi Celsus scribit , conjunctim legare , esse : *Tota legata singulis dare , partes autem concursu fieri.* Quæ definitio , cum generalis sit , dubitandum non est , eam ad-



verbis quoque conjunctos pertinere.

21 Sed, inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l. 89.* Ergo omni casu habent, & ab initio, & ex postfacto. Responsio eadem est, id quoque dici ex comparatione re. & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus *eo loco*, docendi gratia, distinguit verbis conjunctos a conjunctis re & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur: quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum; re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt.

22 Obstare videtur *l. pen. de usufr. accr.* ubi minime obscure Papinianus pronunciat, re separatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legato: sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate; utpote quæ difficilius accrescit, quam usufructus, *l. 1. §. 3. d. tit.* Sed bene mihi videtur respondere Donell. id, quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cujus usufructus relictus est, sed de portionibus singulorum heredum, a quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat & plane confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba: *Cum alius ab alio herede usufructum vendicat.* Bene autem Papinianus ne-

gat, in hujusmodi specie legatariorum in eandem rem conjungi, cum partes hereditariæ prius divisæ sint.

23 Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere: quippe qui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidum legata est, sic ut partes concursu habeant, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressa, sive ex tacita, *l. 4. de usufr. accresc.* Atque hæc communis est sententia, probata quoque Duaren. *lib. 1. de jur. accr. cap. 10.* Donell. *7. commentar. 13.* & 8. *comment. 21.* Plura qui desiderabit, adire poterit DD. in *d. l. re conjuncti 89.* Gomez *1. resol. 10.* Anton. Fab. *dec. 49. & 50.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duaren. Govean. Anton. Fumæum, Jo. Suev. Corn. Swanemb.

24 In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l. 57. §. ult. de usufr. l. 16. §. 2. de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l. 16. de acquir. rer. domin.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l. 33. in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit, ut recte Cujac.

25, IN HISPANIA, cum permissum sit cuicumque decedere, partim testato & partim intestato, ut sæpe monuimus, jus accrescendi in hereditatibus non est ex necessitate, sed ex voluntate testantis, ut in legatis.

TEX-

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & usufructus ad eum pervenerit.

9. Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & usufructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat; recte eum agere & fundum petere, Julianus ait: quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio Judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.

COMMENTARIUS.

**H**ic locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat *§. si res aliena 6.* Quod enim de toto ibi traditum est, id etiam valet in partibus, ut, si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l. 82. §. 3. de legat. 1.* Unde etiam, si quis fundi sibi legati proprietatem emit, detracto usufructu, & usufructus postea ad eum pervenit ex causa lucrativa, perinde hoc habendum, ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi usufructus non in parte, sed in jure consistit: tamen

Tom. II.

quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet, *l. 66. §. pen. de legat. 2.*

2 Cæterum in hac specie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet, ea petitione contineri intelligi, tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l. 82. §. 2. de legat. 1.* rationemque addit: quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet, id est, in casu præsentis fundi verbum sio accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietatis designata intelligatur, seu fundus, quatenus petenti emolumento abest, ut usufructus intellectu ab eo separatur, & ob id tanquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cum & alias cum usufructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l. 25. de verb. sign.* Hæc interpretatio cum petitori necessaria sit, ne aliqui formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. 66. de judic.* Quare in casu huj. §. nudæ proprietatis pretium heres legatario præstabit, *hoc text. in fin.*

TEXTUS.

De re legatarii.

10. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et

D

li-

licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec aestimatio ejus.

## COMMENTARIUS.

I **Sed si**] Particula hæc videtur arguere, hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in §. præc. & §. 6. eod. Nam ut illic tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est; ita hic de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res, quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata, aut potius per fideicommissum relicta sit, docetur infra §. 1. de sing. reb. per fideic. relic. Hic illud quaeritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Justinianus, tale legatum inutile esse, propterea quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominium acquirat, l. 3. §. 22. de adq. poss. qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, l. 82. de verb. obl. l. 16. de contr. empt. Quamobrem nec res, nec aestimatio rei in proposito peti poterit, ut est in fin. hujus §.

2 **Et licet alienaverit eam**] Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factam, & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ: quæ non patitur, legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, l. 1. in pr.

de reg. Caton. quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp. d. l. 41. §. 2. Aliud tamen Celsi iudicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse a cæteris, existimant Cujac. Hotom. aliique per d. l. 1. §. 2. ubi sic Celsus scribit: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur: quod non debetur, si testator statim decessisset.* Et sane locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed respondendum, verba illa: *Si eum vivo testatore alienaveris*, esse testatoris, non Jurisconsulti, & posita conditionaliter. Non obstat quod ita diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum, quoties verba testamenti, aut stipulationum recitant. Nam hoc negligi potuit a librario: nec perpetuo observatur, l. 76. in pr. & §. 1. de verb. oblig. l. 1. §. 10. de extraord. cognit. Neque etiam, quod regula Catoniana ad conditionalia non pertinet, l. 4. de reg. Caton. ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati a Celso proponi tanquam exceptio regulæ, in quo definitio Catonis falsa sit. Quia etiam præcedens species in §. 1. d. l. 1. eod. exemplum continet legatii conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regulæ Celsus excipit. Denique difficulter adduci possum, ut credam in diversis Jurisconsultorum sententiis, aut Ulpianum, aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quæ

si in re certa minimeque dubia. Sed tamen, inquires, fatendum tunc erit, inepte Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu, æque inepte & prius exemplum a Celso excipi. Verum ego puto, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæc etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia eum conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiuscule vivat, impleri possit; fieri utroque casu potest, ut contra quam regula definit, legatum, quod non valisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent.

3 Cæterum meminerimus, quod dictum est, rem suam nemini recte legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfecte legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui Reipublicæ causa aberit, usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sit, & postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere, l. 82. §. 1. de legat. 1. Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator, aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusim, superficiem, aut pignus testatori, aut alii in re legatarii constitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo,

quod juris alieni fuit, l. 86. in pr. & §. ult. de legat. 1. l. 1. §. 1. de liber. leg. Nec dubito, quin idem dicendum sit; si alius in ea re usumfructum habeat, arg. l. 76. §. 2. de legat. 2. licet dissentiat Accurs. propter textum in l. 66. §. pen. in fin. de legat. 2. Quo in loco vitiose legitur, *propter istas causas*, cum legendum sit *preter*, ut bene Cujac. tract. 5. ad Afric. in l. etsi 35. de vulg. & pup. subst. observavit: & nonnullis in exemplaribus legi testis est Donellus 8. commen. 11. Postremo si nec ea res testatori debita sit: nam debitori quod debet, recte legatur, licet dominus ejus rei sit, l. 1. in pr. de liber. leg. Vide infr. §. 13.

## TEXTUS.

Si quis rem suam, quasi non suam legaverit.

II. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

## COMMENTARIUS.

I **Supra** §. 4. audivimus, si testator rem alienam, suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in excessu posita est & declarata. Quod si quis rem heredis legaverit, quam

existimabat suam esse, Papinian. docet utile esse legatum, l. 67. §. 8. de legat. 2. Hic ex converso docemur, quid juris sit, si testator rem suam legavit, quasi alienam: item, quid si legavit suam, cum crederet eam esse legatarii; placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit, quasi heredis, arg. d. l. 67. §. 8.

2 Nam plus valet, quod in veritate &c. ] Puto, rationem hanc male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cum quis rem suam, quasi legatarii legavit. Nam non recte hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur, verum est, testatorem rem suam legasse; quoniam etsi opinionem attendas, aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstat legato: nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, heredemque suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse, d. l. 67. §. 8.

3 Sed & si legatarii esse putavit, valere constat ] Ad hunc casum recte accommodabimus regulam: Plus valere, quod in re & veritate est, quam quod in opinione. Nam si hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est,

inutiliter ei legatur, §. præc. Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos duntaxat casus & actus pertinent: locum enim tantum in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit id, in quo errat, ut evenit in hoc casu in quo testator legare vult, quia legat; & ejus voluntas exitum habere potest, ut dicitur hoc §. quin heres rei redemptione oneretur. Ejusdem generis exempla, atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in l. 4. §. 1. de man. vind. l. pen. §. 4. de jur. & fact. ign.

4 In iis vero actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt pro herede gestio, & repudiatio hereditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quam quod in veritate, l. 15. & l. seq. junct. l. 19. de adq. vel om. her. Huc pertinet species, quam Paulus Jurisconsultus proponit in l. 88. de adq. her. & nos exposuimus supra in §. ult. de her. qual. & differ. agentes de gestione pro herede.

### TEXTUS.

#### De alienatione, & oppignoratione rei legatæ.

12. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque Divi Severus & Antoninus rescripserunt. Idem

rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisisse legatum non videri; & ideo legatarium cum herede ejus agere posse, ut prædia a creditore luantur (1). Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

### COMMENTARIUS.

I PERTINET hic locus ad tit. seq. de adempt. legat. est enim rei legatæ alienatio speciei tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere a prioris voluntate videtur. Cæterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, necne, ut si non sit, legatum adhuc peti possit: quod hic docet Justinianus.

2 Si non adimendi animo] Valebit itaque legatum, si testator rem legatam alienavit animo non adimendi illud. Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi, quæ si libera plane fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cum necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi, id eum fecisse creditur,

(1) L. 17. l. 40. d. tit. 9. P. 6.  
(2) Dd. ll. 17. & 40. tit. 9. Part. 6.

l. 18. l. 24. §. 1. de adim. & transfer. leg. (2), ac de hoc casu accipiendi textus in l. 8. pr. de legat. 1. cum similibus. Quod si causa alienandi necessaria fuit, hoc est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic contra creditur, id animo adimendi legati ab eo factum non esse: & ideo legatum peti potest, nisi probetur etiam in hac necessitate adinere ei testatorem voluisse (3). Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab heredibus, quamvis reis, exigitur, l. 11. §. 12. de legat. 3. (4): quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienasse, qui etiamsi maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Non obstat responsum Scævola in l. 27. §. 3. de inst. vel instrum. legat. ubi proposito casu, quo patronus liberto, quem ex parte heredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cum moreretur; responderet Jurisconsultus sine distinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & ejus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem heredes approbent. Quia ex eo, quod testator acceperat tertiam pretii partem ante vini traditionem, præsumitur, necessitate cogente, facta venditio.

Qui

(3) Dd. ll. 17. & 40.  
(4) D. l. 17. vers. fueras ende.

3 Qui prædia pignori dedit, ademisse legatum non videri] Pignoris datio etsi proprie alienatio non est, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique soluto debito restituenda sit, tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. ad. non al.* Cæterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem: neque enim pignus dari solet nisi ab eo, qui necessitate adductus est: ut proinde recte, & superiori sententiæ convenienter Imp. Severus, & Antoninus rescripserint, eum, qui rem legatam oppignerat, adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur: *Non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare* (1). Extat rescriptum in *l. 3. C. de legat.* Enimvero audiendum nihilominus heredem existimarem, si paratus sit ostendere, animo adimendi rem a testatore pignori datam.

4 Si vero quis partem rei alienaverit] Hoc omnino præcedentibus est consequens: nam quod juris est in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l. 76. de rei vindic.*

## TEXTUS.

## De liberatione legata.

13. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest

(1) *D. l. 40. vers. Mas.*(2) *Arg. l. 47. tit. 9. P. 6.*

heres petere, neque ab alio, qui heredis loco sit. Sed & potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere ne heres petat (2).

## COMMENTARIUS.

1 Quod Titius mihi debet, id & Sempronio recte lego, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est, quod dicitur *nominis*, de quo plura *infra* sub §. *tam autem 21. eod.* hoc, quod appellatur *liberationis*, deque hujus legati effectu agitur in *præsentis* §. Respondet *tit. Pandeñ. de lib. leg.* ubi varix hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque, qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l. 3. §. 1. d. tit. l. 59. de legat. 3. (3).*

2 Legatum utile est] Liberationem debitori posse legari, jam certum est, ait Jurisconsultus in *l. 3. pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur vero fuerit, significare videtur idem Jurisconsultus *l. 1. pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea quæ debent, recte legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum proprie non est, quod est in credito, *l. 27. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg.* Boët. in *Top. Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim suspicari licet, fuisse antea, qui negarent, ipsi debitori, quod debet, recte legari: quia scilicet nemini res sua legari potest. Sed eorum opinio merito explosa est; nihil enim merito explosa est; nihil enim quod

(3) *D. l. 47. tit. 9. P. 6.*

## COMMENTARIUS.

quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantum, quod creditor habet, seu obligationem debitum remissum.

3 Neque ab ipso debitore] Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitor liberatur: sed potest liberationis sibi legata fructum duplici ratione consequi, exiipiendo, si debitum heres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *d. l. 3. §. 3.* Quamobrem quod alibi dicitur, heredem petere non posse, *l. 2. §. 1. eod. & hoc ipso in textu*, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli constat.

## TEXTUS.

## De debito legato creditori.

14. Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter representationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit: quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, a qua incipere non potest.

1 UT consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter definivimus; ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, si quis creditori suo quod debet legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere possit, uti non potest, si nihil amplius est in legato, quam in debito, legatum non valeat: sin vero emolumentum quid contineat, aut quacunque ratione plus in legato sit, quam in debito, utile sit legatum, *l. 28. cum l. sequent. de leg. 1.*

2 In diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit] Hæc exempli tantum causa profertur: nam longe pluribus modis, quam his duobus accidit, ut plus sit in legato rei debitæ, quam in debito, utputa ratione loci, vel actionis; & totidem modis fit, ut legatum sit utile.

3 Propter representationem] Id est, quia ex testamento præsentis die debetur. Representare est: *Ante diem aliquid præstare aut solvere*, vel antequam aliquid debeatur solvere, Sueton. in *August. cap. ult. l. 1. §. 2. de dot. præleg. l. 36. §. 1. de cond. & dem.* Cicero *epist. ad fam. lib. 16. epist. 14.* *Dies promissorum adest, quem etiam repræsentabo, si adveneris.*

4 Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam &c.] Hic iterum, ut supra §. 11.

§. 11. occurrunt duæ regulæ contrariæ circa casum de quo in fine hujus §. quarum una definit: *Quod semel utiliter gestum est, durare, etiamsi ille casus extiterit, a quo initium capere non potuisset.* Altera contra: *Negotium extinguï, cum is casus postea incidit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat, non possunt simul esse vere simpliciter & in universum. Imo neutra earum perpetua est aut vera in omnibus causis, l. 85. §. 1. de div. reg. jur. l. pen. §. ult. de verb. obl.

5 In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, a quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit: exempla suppetunt l. 16. §. ult. de rit. nupt. l. 31. in pr. de donat.

6 Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut impediat, quominus negotium recte cœptum ad finem perducatur, placet, quod ante gestum est, resolvi: si non impedit, durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa, etiamsi utiliter ab ini-

tio constituta sint, non statim tamen ita plene perficiuntur, ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur: reliquum enim adhuc est, ut heres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, enim, qui testamentum jure fecerat, capite postea minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatum, aut adrogatum: dicimus, irritum fieri testamentum, nempe, quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personæ testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non possit, ac ne heredum quidem omnino, §. 4. sup. quibus mod. test. infirm. l. 6. §. 5. & seqq. de injust. rupt. Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem, aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum; hic contra dicimus, testamentum quod antea recte factum erat, nullo horum casuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hereditas ceteraque relicta obtineantur, utpote statim & fortunas suas testatore retinente, §. 1. & 2. seqq. sup. quib. non est perm. fac. testam. l. 6. §. 1. qui test. fac. fuse Don. post DD. vulg. in l. pen. §. ult. de verb. obl.

7 Cæterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse, apparet ex l. 98. de verb. obl. Atque

que in casu hic proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo pure legavit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit, Paulus in l. 82. de legat. 2. aperte dissentit a Papiniano in l. 5. ad leg. Falc. Si demum jam mortuo testatore dies venerit aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati; si vivo adhuc eo, ait, legatum inutile effici, quamvis ab initio constitit. Contra Papinianus etiamsi vivo testatore dies venerit &c. utile esse ejusmodi legatum scribit, quia semel constitit. Papiniani sententiam rejecta Pauli Justinianus hic amplexus est.

8 Tota disputatio hujus §. hodie inutilis pene & supervacua videtur: vix enim est, ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti, l. 1. C. comm. de legat. (1).

9, IN HISPANIA per solam, capitis deminutionem maximam, testatoris testamentum fit irritum, ut sæpe monuimus.

## TEXTUS.

## De dote uxori legata.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Tom. II.*

(1) L. 26. tit. 13. P. 5. vers. Otrosi.

*Severus, & Antoninus rescripserunt, siquidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

## COMMENTARIUS.

I *Si uxori maritus dotem legaverit*] Exemplum legati rei debite: proinde quid hic statuendum sit, discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quam in debito, legatum valeat; si nihil amplius, legatum sit inutile.

2 Olim in pluribus plus commodi erat in legato, quam in actione de dote: Justinianus vero jus & petitionem mulieris sic auxit l. un. & l. 30. C. de jur. dot. ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioqui præstatio anni dilationem ex constitutione Justiniani habet, d. l. un. §. 7. vers. exactio (2). Tentari tamen potest cum plerisque Interpp. etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censi debere, propterea quod agenti ex testamento non potest obijci exceptio, quam vocant competentis. Tametsi enim non omnibus heredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, l. 25. de re jud. sufficit tamen, communi filio, qui patri

E he-

(2) L. 31. tit. 11. P. 4.

heres extitit, competere, l. 18. sol. matr. (1): atque ita aliquando legatum utile esse posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio, quod reus facere posset.

3 Valere legatum ] l. 25. in fin. de lib. leg. l. 75. §. 1. in fin. de legat. 1. Ratio aperta est & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum non vitiat: de quo pluscula infr. §. huic proxima 30. eod. Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, l. 6. de dot. praeleg. Obstat tamen his, quae diximus, videtur, quod Ulpianus scribit l. 1. §. 7. eod. tit.: Centum, quae in arca habeo, aut: Quae ille apud me deposuit, & nihil in arca sit, aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptae, & praelegatae. Sed recte respondet Jo. Faber, referre, utrum legetur certa quantitas, ut quantitas, an ut certum corpus aut species, veluti: Centum, quae in arca habeo, l. 51. de legat. 1. Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato: posteriori idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut siquidem extet quantitas sic designata, legatum valeat, si non extet, inutile sit, l. 108. §. 10. de legat. 1. (2).

(1) L. fin. d. tit. 11. P. 4. in fin.

(2) Arg. l. 18. tit. 9. P. 6.

## TEXTUS.

## De interitu &amp; mutatione rei legatae.

16. Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit (3). Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres: si vero heredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri eum, Julianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, a se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse.

## COMMENTARIUS.

I Hujus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quae contingit interitu rei debita: Sic enim in universum jus est, ut rei debita interitu, qui sine facto, aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla aestimationis petitio supersit, l. 23. de verb. oblig. l. 30. §. 6. ad leg. Falc.

2 Si res ] Id est, res certa, species, seu certum corpus, l. 26. §. 1. de legat. 1. d. l. 23. de verb. oblig. idque ex praedicto, perierit, satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem dedu-

cta

(3) L. 41. d. tit. 9. P. 6.

cta est, nunquam dici potest res legata aut alias debita periisse: quoniam omnes homines vocabulo hominis, & quicumque centum generaliter & indefinite centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive heres sive quis alius debitor liberetur, d. l. 30. §. 5. ad leg. Falcid. l. 11. C. si cert. pet. Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certae speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest, d. l. 30. §. 4. l. 37. de verb. oblig.

3 Sine facto heredis perierit ] Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, l. 18. §. ult. de dol. mal. Nam si ipsius heredis facto res perit, non magis id legatario nocere debet, quam caeteris creditoribus ea, quae facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali fato perierit, caeterum post moram ab herede factam, heredis id detrimentum erit, l. 39. §. 1. de legat. 1. (1). Certa enim est juris regula, mora interveniente perpetuari obligationem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam si res adhuc extaret, d. l. 23. de verb. oblig. l. 82. §. 1. eod. de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, perierit. Periisse non tantum res intelligitur, eum in rerum natura esse desiit, verum etiam cum commercio exempta est, §. 1. & 2. infr. de inut. stipul. l. 92. de solut.

4 Quid si res legata non per-

(1) D. l. 41. tit. 9. P. 6.

empta, sed legatario evicta sit? Interest, in genere res legata sit, an in specie: nam si in genere, & heres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quae postea a domino aut a creditore evincatur, non liberabitur: quia ita dare oportet, ut eam habere liceat, l. 29. §. 3. de legat. 3. l. 45. §. 1. de legat. 1. si vero in specie, puta Stichus aut Pamphilus, ex regulis de re aliena, & oppignerata traditis supr. §§. 4. & 5. hoc tit. quaestio decidenda est.

5 Heredis servus legatus, & ipse eum manumiserit ] Si heres servum proprium a se legatum manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus aestimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit, a se legatum esse, l. 112. §. 1. de legat. 1. l. 28. qui & a quib. man. quippe & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, l. 25. §. 2. in fin. ad SC. Trebell. Quod ergo dicitur in d. l. 28. heredem servum proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum: ut nihil agere dicatur, quia manumittendo nihilominus obligatus manet: manumissus tamen liber fit, d. l. 25. §. 2. quod etiam Accurs. observavit.

## TEXTUS.

## De interitu quarundam ex pluribus rebus legatis.

17. Si quis ancillas cum suis

E 2

na-

natis legaverit, etiamsi ancille mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint: qui licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus: mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.

## COMMENTARIUS.

I Hoc §. & 3. seqq. docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid, vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decessit sit principale, reliqua accessorium; neque heres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus, quod superest, liberetur. Hæc res variis exemplis declaratur. Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, foetus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Justinianus.

2 Partus legato cedunt [l. 62. cum l. seq. de legat. 1. Poterat videri unum hic esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium: quod etiam Servio visum fuit, qui ob id, mortua ancilla, negabat partus deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt: statim enim ut

sunt editi, separatam plane habent existentiam; & ideo recte Paulus scribit, duo hic esse legata separata, hoc est, æque principalia, l. 3. de pec. leg. & Celsus in l. 63. de legat. 1. sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit.

3 Idem est, si ordinarii cum vicariis. Fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur, ut pars peculii ordinariorum: cæterum ex se non sunt, sed revera ordinariorum conservi, l. 9. de pecul. leg. Atque ut tales considerantur in casu proposito, cum diserte cum ordinariis & ipsi legantur, l. 4. d. tit.

4 Sed si servus cum peculio] Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo legatum etiam peculii extinguitur, l. 1. de pec. leg. Cur tam varie? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cum principales res peremptæ fuerint: ratio reddita a Cajo in l. 2. d. tit. Eadem ratione placet, & penultima cum vasis legata, & consumpta, ne vasa quidem deberi, l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg.

5 Si fundus instructus, vel cum instrumento. Exemplum simile proxime præcedenti: ideo enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur, quia hæc non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi ac-

accessio est. Et si quidem sic aliquis legaverit: Fundum cum instrumento, alienato fundo instrumentum peti non posse semper constituit, l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg. At si legaverit fundum instructum, aut fundum & instrumentum, conjecturis locus esse potest; regulare tamen est, ut etiam his casibus legatum instrumenti pro accessorio habeatur, dd. ll. 1. & 5. & hoc text.

## TEXTUS.

## De grege legato.

18. Si grex legatus fuerit, & postea ad unam ovem pervenerit; quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distans capitibus; sicut adium unum corpus est ex coherentibus lapidibus.

## COMMENTARIUS.

I Grege legato, si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt capita debentur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, l. 22. de legat. 1. Quo loco, Pompon. etiam dubitandi causam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, §. 16. sup. eod. Etenim grex etsi neque accretione, neque decretionem mutetur, sed idem maneat, l. 21.

§. 1. de exc. rei jud. tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, l. ult. de abig. Gregem autem legavit testator, non separatim singula capita, quæ aliud sunt, quam grex, l. 1. in fin. de rei vind. Dicendum est, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege sunt, legare intelligi, atque ideo quicquid ex grege superest, die legati cedente, legatario deberi. Licet enim capita, quæ supersunt, pauciora sint, quam ut per se gregem constituent, tamen quotquot supersunt, pars sunt aut fuerint illius gregis, qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, l. 113. de div. reg. jur. Nam nec area insula est: & tamen si insula legata combusta sit, responsum est, aream adhuc vindicari posse, d. l. 22. Nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est, insulæ, l. 98. §. 8. vers. non est, de solut. Aliud obtinet in usufructu, cujus diversitatis mentionem tradidimus sup. §. pen. de usufr.

2 Post testamentum gregi adjiciuntur] Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, l. 21. de legat. 1. Ratio est, quia testator non illum gregem, quantus tunc erat, sed plane quantuscunque erit, cum dies legati cedit, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit.

## TEXTUS.

## De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere* (1).

## COMMENTARIUS.

I Aliud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, l. 41. §. 9. & seqq. de legat. 1. Sed etsi aræ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est in l. 39. de leg. 2. (2), ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem: sed exceptio illa confirmat, solo eo facto testatorem voluntatem mutasse non videri; ac proinde in dubio aræam cum superficie deberi. Quippe cui superficies etiam alias jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quam mutata videatur, §. 29. & seqq. supr. de rerum divis. l. 98. §. ult. de solut.

2 Non est contrarium, quod apud Cajum scriptum est: si domo, quæ legata erat, destructa, aliam eodem loco testator ædificaverit, legatum non deberi, l. 65. §. ult. de legat. 1. quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat,

(1) L. 37. tit. 9. P. 6.

(2) D. l. 37.

l. 88. §. 2. de legat. 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum.

3 Magis obstat locus Celsi in l. 79. §. pen. de legat. 3. & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba: *Quamquam tunc peti non poterat*, per concessionem accipiantur: ut sit hic sensus: quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio, legatum peti non potuit: uti non potest, cum constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi, quæ exceptio est d. l. 44. §. 4. de legat. 1. tamen tunc, id est, ædificio destructo, posse aræam peti: quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit, no domus deberetur: ita Duar. ad l. 8. de legat. 1. Donel. 8. comm. 17. Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, si quidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercidit, l. 78. §. 4. l. 88. pr. & §. 1. de leg. 3. (3). Si vero species, in quam res translata est in suum initium redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam prævalere, d. l. 78. §. 4. d. l. 88. §. ult. fac. §. cum ex aliena 25. supr. de rerum divis. nisi tamen aut hic heres probet, testatorem a legato recessisse, aut illic legatarius

(3) L. 42. tit. 9. P. 6.

## De Legatis.

## COMMENTARIUS.

rius probet, non recessisse: quomodo accipi debet Ulpian. in d. l. 44. §. 2. de legat. 1. adi Donell. d. cap. 17. Cujac. 5. ad African. in l. qui usumfructum 36. de usufr. & 23. observ. 22.

## TEXTUS.

## De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne, quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus autum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit si non adimatur, & ita Divi Severus, & Antoninus rescripserunt. Item rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecunie, quam in rationes dominicas impenderit. Item rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditus liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.*

I Multa ex hoc §. discimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde, servo, qui peculium habet, manumisso, quem peculium sequatur: tum, legato peculii non contineri, quod expensum in rationes dominicas: postremo, peculium legatum intelligi illi, qui rationibus redditus liber esse jussus est, & ex eo, id est, ex peculio reliqua seu aliqua inferre sive solvere.

2 *Accedit vel decedit vivo testatore* ] Peculium ut diximus sup. §. 1. per quas pers. est: *Quoddam quasi patrimonium, quod servi vel filiosam. habent separatum a rationibus dominicis vel paternis*, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita, passim tit. de pecul. Unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, l. 65. pr. de legat. 2. Papius Fronto dicebat, peculium simile esse homini: quippe nascitur, crescit, decrescit, moritur, l. 40. de pecul. Ait, *vivo testatore*. Neque hic distinguitur, utrum ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo; neque etiam, utrum ex rebus peculiaribus autum sit peculium, an extrinsecum. Ratio est, quia quandiu testator vivit, nullo casu dies legati cedit, id est, nihil dum deberi intelligitur.

3 *Quod si post mortem testatoris &c.* ] Si post mortem testatoris ante aditam hereditatem



auctum fuerit peculium, hic interest, ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo: deinde si extraneo, utrum auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum vel foetu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quaestu servi, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet, omne augmentum legato cedere: si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cætera non deberi, sed ad heredem pertinere, l. 8. §. ult. de pec. leg. & hoc nostro textu. Rationem diversi juris mox audiemus.

4 Quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate cedit] Ratio his verbis traditur, cur placeat in casu, quo ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hereditate ex operis ejus, vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quodque simul intelligimus, cur in casu opposito penes heredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quaeritur, quantum sit in legato, id tempus inspicitur, quo dies legati cedit, l. 8. §. ult. de pec. leg. id est, cum res legata deberi incipit, l. 213. de verb. sign. neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentem, id

(1) L. 35. d. tit. 9. P. 6. vers. Et primero cum seq.

solum, quod res ipsa ex se producit. Jam vero quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati, quam libertatis dies ab adita demum hereditate cedit, l. 7. in fin. cum l. seq. quand. dies legat. (1): quando autem extraneo, cedit statim a morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus & quæ ad heredem non transeunt, l. 2. cum 3. seqq. d. tit. l. unic. §. 5. & §. seq. C. de cad. toll. (2).

5 Peculium autem nisi legatum] Servo testamento manumisso peculium, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, l. 24. de pecul. leg. At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi, si non adimatur, l. 53. de pecul. l. unic. C. de pecul. ejus qui lib. mer. Quod hanc rationem habet, quia duplex in tali casu donatio est: una expressa, libertatis; altera tacita, minime tamen obscura, peculii. Et enim cum dominus manumisso peculium non adimit, sed id eum jam liberum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cum si donatum nollet, posset adimere. Hoc vero in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non potest: & quia cum poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud heredem suum eum cæ-

(2) L. 34. d. tit. 9. P. 6. vers. E aun cum seqq.

tero jure manere voluisse censeatur, fac. d. l. 53. de pecul. d. l. un. C. de pecul. ejus qui lib.

6 Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas] Quamvis, quod servus domino expensum tulit, id est, quod ei dominus debet, peculium servi augeat, veniatque in actionem de peculio, l. 7. §. pen. de pecul. tamen quia verum debitum non est, nec ex ea causa actio servo competere potest, placet, peculio legato id non contineri, l. 6. §. 4. de pecul. legat.

## TEXTUS.

## De rebus corporalibus &amp; incorporalibus.

21. Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur (1). Sed & tale legatum valet: Damnas esto heres meus domum illius reficere: vel, illum ære alieno liberare (2).

## COMMENTARIUS.

I Duo sunt, quæ hoc §. docemur. Unum est, posse legari tam res corporales, quam corporales. In textu trajectio est, quia de rebus corporalibus res notior est. Alterum, non solum res, quæ proprie &

## Tom. II.

(1) L. 15. d. tit. 9. P. 6.  
(2) L. 28. eod. vers. Otrosi.

specialiter ita dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

2 Quam incorporales] Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, usufructus, servitutes prædiorum, pars hereditatis aut bonorum, liberatio, actio, seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia, & jura, & servitutes legari posse, l. cætera 41. in pr. de legat. 1. (3). Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineatur, explicatur propriis tit. in Pandect. quid legata parte hereditatis l. 8. §. ult. de legat. 2. quid parte bonorum l. 9. de legat. 2. & alibi. De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. §. 13. agiturque de eo item tit. proprio in Pand. Hic de legato nominis agendum est.

3 Quod defuncto debetur, potest alicui legari] Quod mihi debetur, & debitori meo recte lego, quod legatum dicitur liberationis, & tertio alicui, veluti: Centum, quæ mihi Sejus ex causa mutui debet, Titio do lego, l. 82. §. pen. de legat. 1. estque id legatum, quod passim nominis appellatur, l. 44. §. 6. de legat. 1. l. 59. de legat. 3. Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solum, d. l. 44. §. 5. de legat. 1. d. l. 59. eod. 3. (4).

## F

(3) D. l. 15. tit. 9. P. 6.  
(4) L. 47. eod.

## Ut

4 *Ut actiones legatario præstet*] Legato nominis nihil amplius continetur, quam ut actiones suas heres præstet, *d. l. 44. §. 6. l. 105. de legat. 1. (1)*. Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab herede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, heredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debeatur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixerit: *Decem, quæ mihi Sejus debet, Titio lego, l. 75. §. 2. de legat. 1.* Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario, emptori aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experirentur; sed expectandum iis erat, donec heres aut creditor actiones suas mandaret, quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine & procuratores in rem suam experiebantur. Postea vero his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non expectata cessione directarum, exercerent, *l. 18. C. hoc tit. l. 5. & l. 7. C. de hered. vel act. vend.*

5 *Nisi exegerit testator pecuniam*] Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum a vivo testatore exactum non fuerit; cæterum si testator post factum testamentum pecuniam a debitore exegerit, legatum extin-

guitur, teste Ulpian. *d. l. 75. §. 2. de legat. 1.* Quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei duplex: prima, quia testator exacto debito quod legaverat, admississe legatum videtur, *l. 11. §. 13. de legat. 3. (2)*; secunda, quia cum nomen exactum est, res legata perit, extincta debiti substantia, *d. l. 11. §. 13.* Quæ ratio cum locum quoque habeat in solutione debiti ultro a debitore facta, cæterisque modis quibus liberatio contingit, omnibus his legatum sive nominis, sive liberationis extinguetur, ut generaliter definit Terentius Clemens in *l. 21. de liber. leg.* Gloss. tamen in *d. l. 21.* distinguendum putat inter debitorem, qui ultro solvit, & qui a creditore conventus, ut hoc duntaxat posteriore casu extinguatur legatum. Enimvero admittitur etiam in his casibus probatio non mutatae voluntatis exacti circumstantiis, *l. pen. §. ult. de adm. & transf. legat.* utputa, si testator debitum exactum, vel ei solum in deposito seu separatum habuerit, quasi illud conservans legatario, *d. l. 11. §. 13.* Perietur autem hoc casu legatum recta ab herede: nam frustra desideraret legatarius, ut sibi cederentur actiones, quæ nullæ supersunt.

6 *Ait, nisi exegerit.* Quid ergo si eum pecunia peti cœpta esset, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bart. in *l. nepoti 6. de instrum.*

(1) *D. l. 47. tit. 9. P. 6. vers. Otrosi.*  
(2) *D. l. 15. tit. 9. P. 6. vers. Pero.*

*vel instrum. legat. eumque secuti Ang. & Mys.* hic, putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatum quandiu res non desiit esse plane integra. Sed verior est contraria sententia: quia non debet legatario prodesse, quod moras necit debitor, aut Judex sententiam differt, & voluntas adimenti in testatore, jam apparet. Nichil sane pro Bart. sententia facit *d. l. 6. de instrum. vel instrum. legat.* Nam in specie illuc proposita, debitum non in ratione debiti fuit legatum, sed in generaliori ejus, quod testatrix in illa regione habebat, & suum erat.

7 *Damnus esto heres meus domum illius reficere*] Etiam facta, ut diximus, recte legantur aut in fideicommissum deducuntur, id est, damnari potest heres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat. Plane si id, quod fieri jussum est, ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamentum quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & persona ignoretur, propter quam testator id fieri velit, placet, scripturam, quasi nudum præceptum contineat, nullius momenti esse, *l. 114. §. 14. de legat. 1.* Ejusdem generis sunt, quæ a Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l. 113. §. ult. cod. l. ult. §. 2. de aur. legat. (1)*.

(1) *L. 32. tit. 9. P. 6. vers. Otrosi.*

8, *IN HISPANIA* probatae sunt, *l. 15. tit. 9. P. 6. vers.* Pero, cum seq. opiniones Glossæ, & Bartholi asserentium, neque per solutionem ultroneam, neque per solam petitionem debiti, quandiu hoc solum non sit, legatum nominis extingui.

## TEXTUS.

## De legato generali.

22. *Si generaliter serous, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit (2).*

## COMMENTARIUS.

I *Insignis hic locus* est & difficilis. Illud primo notandum, genera a nostris dici ea omnia, quæ sub appellatione communi plures res continent huic appellationi subjectas, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant; cujusmodi sunt, verbi causa, homo, equus, bos: species autem nostris esse, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non esse species contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. Deinde non omne legatum generis valere. Interpp. primum & recte hinc remouent genera summa & subalterna, veluti si quis substantiam, corpus aut animal simpliciter leget: quia in his ea est infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere, & vel minimam de mundo, ut loquuntur,

F2  
(2) *L. 23. d. tit. 9. P. 6.*

heres præstando liberaretur : & quia propter summam incertitudinem, perinde habendum ac si legatum esset corpus ignotum, cujusmodi legatum non valet, *l. 69. §. 4. de jur. dot.*

2 Insuper in genere infimo, quod uti diximus, in scholis est infima species, recte iidem Interpp. distinguunt inter res huic generi subjectas, ut si tales sint, quæ certam determinationem habent a natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l. 13. l. 37. in pr. de legat. 1. (1)*. Si vero natura determinatæ non sint, ut fundus & domus (quippe quæ non natura, sed destinatione hominis constituuntur, *l. 24. §. 3. de legat. 1. l. 60. de verb. sign.*), in eo omnes consentiunt, ut si testator nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quam utile, *l. 71. de legat. 1. d. l. 69. §. 4. (2)*, utpote quod a superiore nihil aut parum distet.

3 Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiunt, legatum esse utile, unasque ex his, quas testator reliquit, deberi; estque in eam rem textus apertus in *d. l. 71. in pr. (3)*. At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quam si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esse, quam domus, unumque ex fundis, quos testator

regionibus distinctos habuit, præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato, nec legatum ullum, nec stipulationem esse, *d. l. 69. §. 4*. Pro his exemplum ædium legatarum, *d. l. 71. de legat. 1.* quarum & fundi hæcenus eadem ratio videtur, arg. *d. l. 24. §. pen. de legat. 1.* Tum quod cum testator generaliter rem aliquam legat seu dari jubet, de suis cum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis heredem damnaverit, vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum, quasi testator legasset vinum, oleum, frumentum suum, & tantum, quantum ex his generibus habuit, *l. 7. de trit. vin. ol. leg.* quæ sententia verior videtur. Consule Donel. in *l. ita stipulatus 115. de verb. obl. n. 13. & seqq.* ubi simul docet, stipulationis & legati non eandem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse, vel ex sola collatione *d. l. 7. de trit. vin. ol. leg.* & *l. 94. de verb. obl.* apparet.

4 *Electio legatarii est* ] Ubi utile est legatum generis, placet, electionem non heredi, sed legatario dari, ut *hic* scriptum est, & in *l. 2. §. 1. de opt. leg.* idemque est si plures res disjunctim legatæ sint; veluti Stichus aut Pamphilus, *l. 23. de legat. 2.* aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit, puta si testator dixerit: *Ex duobus*

(1) *D. l. 23. tit. 9. P. 6.*

(2) *D. l. 23. vers. Pero cum seq.*

(3) *D. l. 23. tit. 9. P. 6. vers. Pero.*

*bus servis meis unum Titio de lego*, *l. 20. de legat. 1.* Diversi autem casus sunt, qui proponuntur in *l. 32. §. 1. l. 39. §. 6. eod.* de quibus in fine. Cæterum additur *hic* exceptio: *Nisi aliud testator dixerit*. Addamus & alteram: *Nisi sermonem ad heredem direxerit*, nisi potius dicamus, hoc etiam verbis illis: *Nisi aliud dixerit*, significari. Sed etsi testator aliud non dixerit, magna tamen adhuc cautione, quod *hic* simpliciter definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget.

5 Jure veteri etiam, cum genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis, legatario, in damnationis, heredi electio permittebatur; cuius differentiæ testimonia non obscura videmus in *l. 34. §. pen. de legat. 1. l. 19. d. l. 23. eod. 2.* & alibi passim. Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est, & ratio juris. Voluntas testatoris: quippe qui in legato vindicationis verba executiva dirigit ad legatarium, ei dans, legans, eum sumere, capere, sibi habere jubens. In legato autem damnationis heredem alloquitur, damnans jubensve, eum dare, aut facere. Ratio juris: quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tantum eam actione in personam ex testamento petere poterat, sed etiam jus eam vindicandi habebat & petendi actione in rem. Par autem est, ei electionem tribui, qui rem vindica-

re potest, quod significat African. *l. 108. §. 2. de legat. 1.* ubi ait, ejus electionem esse oportere, cui potestas sit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat, is eam rem vindicare non poterat, sed tantum in personam ex testamento agere, heredemque ut debitorem quasi ex contractu obligatum convenire, hujusmodi puta formula: *Ajo, te mihi servum dare oportere*, aut hæc: *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere*. Itaque juris ratio postulabat, ut hic heredi concederetur electio exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promissis, constat, *l. 10. in fin. de jur. dot.* Quæ differentia, cum ex voluntate testatoris proveniat, non debet intelligi sublata per æquationem legatorum, de qua *supr. §. 2. hoc tit.* Quamobrem quando res per damnationem legatur, non ante legatario vindicationem dari oportebit, quam heres declaraverit, quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. in *l. Lucio 23. de legat. 2.* & in *l. legato 37. eod. 1.* probant summi viri Gomez 2. *var. resol. 11. n. 43.* Covarr. in *cap. Indicante, n. 4. de testam.* Ant. Fab. 6. *conj. 1.*

6 Neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primum, de-

finitionem tantum pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit: si nullas habuit, placere, heredis arbitrio potius rem permitti, quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tam insigni onere heredis, arg. l. 67. §. 8. de legat. 2. Et quod de vino certæ quantitatis expresse traditum est l. 3. de trit. vin. leg. non est dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat, idemque dicendum sit, non solum si certa quantitas, verum etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullum servum testator reliquerit (1). Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illa cessante nulla electio, d. l. 108. §. 2. de legat. 1. Deinde, nec pertinere definitionem ad res omnes, quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantum aut species, non ad quantitatem: quippe quæ undecunque sumi, & solvi potest, l. 4. de trit. vin. l. 35. §. 1. de aur. arg. leg. & qua legata ut quantitate, nec actionis electio, nec vindicatio est.

7 Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed heredis electio est, qui rem unam, quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in l. si domus 71. in pr. de legat. 1. (2):

(1) D. l. 23. tit. 9. P. 6.

quapropter dubitandum non est, quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito, quod nos putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit. Ratio est, ne si legatario hic electionem concedimus, heredem, supra quam credibile est testatorem voluisse, oneremus, quæ conjectura legis est, d. l. 67 §. 8. de legat. 2. Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest, ut nulla sit proportio, & major distantia, quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos: quam ob eausam, etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam Interpp. nostrorum communis opinio, teste Gomez, quam & ipse probat 2. var. resol. 11. num. 9. Auctoritas Pandectarum Florentinarum, in quibus hæc scriptura est in pr. d. l. 71. Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habuit, legatario dare; me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistincte legata, putarem legatario electionem competere: sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur: Cogatur heres, quam domum volet &c. ob rationem allegatam; & scriptura Florentina orationem efficit duriorum. In editione Haloandri legitur: Co-

(2) D. l. 23. tit. 9 P. 6.

gentur heredes, quam domum volet &c. quæ scriptura etiam certius, quam vulgata, heredi electionem tribuit.

8 Postremo sciendum est, etiam tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumque velit etiam optimum eligere; puta verbi causa, homine generaliter legato, actorem; sed conclusam intra modum, ut ne optimum accipiat, l. 37. de legat. 1. (1). Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve heres nimis oneraretur; sed nec pessimus homo hoc casu dandus est, d. l. 37. Illud expeditum est, si de certo servo aut re alia testator senserit, nec appareat de qua, heredis electionem esse, d. l. 37. §. 1. l. 32. §. 1. l. 39. §. 6. eod.

### TEXTUS.

#### De optione legata.

23. Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis, vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra, & hoc in meliorem statum reformatum est: & data est licentia heredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu ha-

(1) D. l. 23. vers. Fueras ende.

bito, & hoc in nostra constitutione additum est: sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures heredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contri benevolentium introducebant), fortunam esse hujus optionis Judicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat (2).

### COMMENTARIUS.

I Quidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifeste apparet ex l. 1. l. 2. in pr. & passim tit. de option. vel elect. leg. Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse a simplici legato generis aut alternativo, certum est, d. l. 2. in pr. & §. 1. l. 9. §. 1. d. tit. Nec una inter hæc differentia est. Nam primum, in legato optionis solemnitas est & expressa electio: in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, sed tacita & simplex, non solemnitas. Deinde, optionis legatum semper relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem. Hinc est, quod in legato optionis electio sit essentialis.

(2) L. 26. d. tit. 9. P. 6.

tialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii: in legato autem generali & alternativo nonnunquam heredi electio competit. Adhæc, cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, l. 37. de legat. 1. ei autem licet, cui legata est optio, l. 9. §. 1. de dol. mal. excepto casu speciali l. ult. §. 1. C. comm. de legat.

2 Plane in d. tit. de opt. leg. occurrunt quidam etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in l. 2. §. 1. l. 10. l. 12. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Est enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel duntaxat optare aut eligere licet, l. 5. de leg. 1. l. 20. de opt. leg. Item in his, quod in utroque legato singulari res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, l. 3. qui & a quib. man. quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, l. 4. de opt. leg. l. 3. §. 6. ad exhibend. Proprie optio legata dicitur, cum ipsa electio legatur; veluti si dicat testator: Titio optionem servorum meorum do lego; quo casu tres servos eligi posse, rescriptum est l. 1. eod. vel sic: Titius ex servis meis, quem volet, optato, vel: Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibi que habeto. Julianus in l. 10. eod. verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

(1) D. l. 26. tit. 9. P. 6.

3 Ex constitutione nostra data est licentia heredi legatarii optare] (1). Justinianus effecit, ut legatum optionis quod antea conditionale erat, purum esset: & ex nostro §. patet, primo conditam constitutionem, eaque cautum, ut & heredes legatarii optare possent; deinde diligentiore habito tractatu, ei constitutioni aliquid additum esse, sorte nimirum dirimendam quæstionem, quando plures, quibus electio competit, circa eam dissentiunt. Prior constitutio priori inserta Codicis periit, additamentum migravit in Codicem repetitæ prælectionis, habeturque l. ult. C. com. de legat. & fideic. (2).

### TEXTUS.

#### Quibus legari potest,

24. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.

1 **T**RANSIT hic Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Textus autem iste nullam continet difficultatem.

2, QUIBUS IN HISPANIA legari nequeat, disco ex iis, quæ, diximus supra in pr. de her. inst.

### TEXTUS.

Jus antiquum de incertis personis.

25. Incertis vero personis neque

(2) D. l. 26.

que legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut Divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ita dicat: Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato. Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati essent, æque incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari: quia placebat, nominatim servos liberari. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur, veluti: Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato. Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

### COMMENTARIUS.

1 **I**ncertæ personæ olim neque hereditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat, Ulpian. tit. 22. §. 4. & tit. 24. §. incertæ 18. Paul. 3. sent. 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpian. d. tit. 22. §. 4. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis XII. Tom. II.

Tab. Uti quisque legasset, veteres interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac solido judicio statuerit &c. At hereditatem bonave sua, magno sæpe labore quæsitæ, relinquere incertæ personæ tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementia esse videatur. Non est contrarium quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse: Illis, qui testamentum meum obsignaverint, heres meus decem dato, l. 14. de reb. dub. Nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur. Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cum is privatim voluntatem suam scribit, tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo proprie testamentum fieri dicitur, hoc est, cum solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes, nisi sciente testatore & rogante, non possunt. Non obstat quoque l. 62. §. 1. de hered. instit. Agitur enim ibi expresse de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit; sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat de quo sensisset: cujusmodi in casu audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus est, arg. l. 33. §. 1. de cond. & dem. Magis videtur obstare l. 5. de reb. dub. Respondet Donnellus proponi illis legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus. Quippe ver-

ba illa fideicommissi : *Sive quis alius restitutionem mihi impetra- verit*, eum Juliano & Cajo sic interpretanda ; si quis alius ex amicis, quorum testator mentio- nem non fecit. Alii putant, etiam- si quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommis- sum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum ; & benig- ne id admissum.

2 Porro ex hoc jure manavit, quod nec civitates, nec municipia aut collegia heredes institui aut legatum capere potuerunt, Plin. lib. 5. epist. 7. ad Calvissium. *Nec heredem, inquit, institui, nec percipere posse Rempub. const. ut.* Caterum postea, ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, etiam tempore mediæ jurisprudentiæ, l. 73. §. 1. l. 117. l. 122. de legat. 1. Tan- dem etiam concessum, ut civita- tes heredes institui possent, l. 12. C. de hered. instit. quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtine- bat, ut liquet ex fragmentis ejus- dem Ulpiani tit. 22. §. nec 5. & l. 26. ad SC. Trebell. quibus lo- cis hoc tantum traditur, fidei- commissam hereditatem municipi- bus restitui ex senatusconsulto Aproniano. Eandem denique rati- onem habuit, quod legatum pau- peribus relictum non valebat, quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur, daturque jus & nomen heredis Episcopis, Oeco- nomis, Xenodochis : nomen, ut sint heredes, jus ut debita exigant, creditoribus hereditariis respondeant, pauperibus reli- cta dividant, l. 24. l. 49. §. 1.

& seqq. C. de Episc. & Cler.

3 *Quam incerta opinione*] In- certa persona hic dicitur : *Quam testator animo suo incerta & cæ- ca opinione subjicit*, id est, cum mens & cogitatio testatoris. nul- lis certis finibus circumscripta tan- quam in immenso atque infinito vagatur : nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vi- tiat, ut exempla subjecta demon- strant.

4 *Sub certa vero demonstra- tione*] Ex certo personarum or- dine aut numero cum certa de- monstratione legari incertæ per- sonæ etiam olim jus fuit, Ulp. tit. 24. §. incertæ. 18.

5 *Per errorem soluta repeti- non posse*] Non impedit ratio na- turalis quominus, verbi causa, ei, qui filiam meam aliquando uxorem ducturus est, heredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale, id est, heres. ex tali voluntate naturali- ter obstringebatur, quæ causa est, quod Imperatorum constitutioni- bus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, solu- ti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationis hic certissimus jure quoque civili ef- fectus est, ut impediatur ejus, quod ex ea causa solutum est, repeti- tionem, l. 19. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. Quare quod olim legata relicta personis incertis non valerent, profectum videtur ex quadam juris civilis subtilitate: quam voluisse Hadrianum, etiam in

in testamentis militum obtinere, ut dicitur in hoc §. mirum est.

6, IN HISPANIA, si testator, bona sua reliquerit pauperibus, alicujus civitatis, inter eos, qui, in nosocomiis ipsius civitatis fue- rint reperti, distribuenda sunt, prælatis iis, qui ita sint infir- mitate correpti, ut ex nosoco- miis exire nequeant. Sin autem testator pauperes simpliciter vo- caverit, inter illos dividantur, qui de oppido sunt, in quo testamentum sit conditum, l. 20. tit. 3. P. 6. Greg. tamen Lop. in gloss. 7. ejusdem l. 20. con- ditionem adjicit hoc ultimo ca- su, si nempe testator ibi domi- cilium habuerit.

*cies penitus est sine justa e- mendatione relicta ; quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti mede- mur : non solum in hereditati- bus, sed etiam in legatis & fi- deicommissis : quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione cla- rescit. Tutor autem nec per no- stram constitutionem incertus da- ri debet : quia certo judicio de- bet quis pro tutela suæ posteri- tati cavere.*

## COMMENTARIUS.

I *Hujusmodi species sine ju- sta emendatione*] Du-

bium est, utrum indistincte hoc referendum sit ad speciem de in- certis personis, de quibus *superius* egit, an vero tantum ad spe- ciem de alieno posthumo, cujus proxime meminit in §. *præc.* Sed recte plerique Interpp. sentiunt, Justinianum loqui in universum de specie incertarum personarum, quas hæctenus commemoravit, at- que hoc dicere, constituisse se, ut & posthumo alieno & cæteris personis incertis, quas modo e- ventus postea demonstravit, le- gatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur, quod scri- ptum est in §. *incertis* 25. incer- tis personis legari olim conces- sum non fuisse : quod stulte di- ceretur, si ne nunc quidem id concessum esset constitutione Ju- stiniani. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus scilicet jus illud, quod de incertis personis recensuit, emendarit. Non enim dicit, se id jus penitus sustulis-

## TEXTUS.

Jus antiquum de posthumo alieno.

26. *Posthumum quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos heredes testato- ri futurus non est : ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.*

*Hic text.* clarus est : vide ta- men, si placet, ea quæ de hoc argumento diximus in §. 2. de exher. lib.

## TEXTUS.

Jus novum de personis in- certis & posthumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi spe-*

se, sed non penitus reliquisse in-  
emendatum. Ex verbis quidem Ju-  
stiniani nihil aliud hic colligere  
possimus, quam hoc eum con-  
stitutione sua cavisse, ut incer-  
tudo personæ, cui quid lega-  
tum est, non amplius vitiet le-  
gatum, si ulla ratione vel nunc,  
vel ex futuro eventu certitudo a-  
liqua apparere possit. Sed tamen  
non semper id admittendum vi-  
detur. Quid enim si eventus in-  
ciderit in eas personas, mortuo  
aut ignorante testatore; quibus  
verisimile non est, specialiter eum  
legatum fuisse? Finge, sic es-  
se legatum: *Qui filiam suam fi-  
lio meo collocaverit, ei heres meus  
centum dato*: eumque collocasse  
ignorante testatore, qui inimicus  
testatori fuerit, qui pessime de  
eo meritus, qui sit infamis aut vi-  
tae flagitiosæ; non putarem, hanc  
quicquam ex hujusmodi legato de-  
beri, ne nunc quidem post con-  
stitutionem Justiniani. Certius ve-  
ro de re tota constitui posset, si  
constituito, ad quam hic relega-  
mur, extaret sed in Codice, quo  
nunc utimur, desideratur. Græ-  
cam fuisse verisimile est, omis-  
samque a Latinis descriptoribus  
intercidisse.

2. *Non solum in hereditatibus*  
Ergo olim hæc heres institui incer-  
ta persona potuit: quod etiam di-  
serte scriptum est ab Ulp. *tit. 22.*  
§. 4. De posthumo tamen alieno  
testatur ipse Justinianus §. *seq.*  
potuisse eum & antea heredem  
institui. Ceterum hoc quomodo  
accipiendum sit, ibi declarabimus.  
3. *Tutor autem nec per no-*  
*stram const. incertus dari* Hic

iterum locus ostendit, verum es-  
se, quod diximus, Justinianum  
in constitutione, cujus hic me-  
minit, emendasse jus de perso-  
nis incertis, non solum de post-  
humis: male enim alioqui in tu-  
torem incertum exciperet. Quod  
autem exceperit tutorem incer-  
tum, atque in eo jus vetus con-  
servari voluerit, *l. 20. de test.*  
*tut.* ad cautionem pupilli perti-  
net: quippe cujus interest, ne  
incerti aut ignoti, de quorum fi-  
de, diligentia ac moribus testa-  
tori constare non potuit, ad tu-  
telam admittantur, maxime sine  
satisfactione, qua tutores testa-  
mentarii immunes sunt. Cui ad-  
de, quod in delatione tutelæ nul-  
lum lucrum vertitur, quod ea su-  
cepta tutor consequatur.

## TEXTUS.

De posthumo alieno herede  
instituto.

28. *Posthumus autem alienus  
heres institui, & ante poterat,  
& nunc potest: nisi in utero es-  
sit, quæ jure nostro uxor esse  
non potest.*

## COMMENTARIUS.

1. **D**octrina hujus text. non  
videtur convenire cum  
iis, quæ supra dicta sunt de le-  
gato relicto posthumo alieno &  
de emendatione juris veteris etiam  
hac in parte a Justiniano facta.  
Tum, si antea posthumus alienus  
heres institui potuit, quid opus  
fuit addere, etiam nunc eum in-  
sti-

stitui posse? An quia constitu-  
tione sua jus vetus in eo confir-  
mavit? nullo modo: profitetur e-  
nim expresse se antiqui juris ob-  
servationem circa incertas perso-  
nas emendasse etiam in heredita-  
tibus: significans sua demum il-  
la constitutione effectum, ut etiam  
posthumus alienus recte heres in-  
stituatur. Sed sciendum est, neu-  
trum jure civili in persona posthu-  
mi alieni valuisse, sive heres in-  
stitutus esset, sive legatum ei da-  
tum: cæterum legatum etiam jure  
prætorio insuper habitum; cum  
eo jure institutio posthumi alie-  
ni, ut favorabilior, sustineretur,  
institutumque Prætor adjuvaret  
dando ei bonorum possessionem  
secundum tabulas, *pr. Instit. de  
bonor. possess. l. 6. de inoff. te-  
stam.* Quamobrem Interpp. fere  
omnes hæc verba Justiniani: *Et  
ante poterat, & nunc potest*, sic  
acceperunt, *ante poterat* jure præ-  
torio, *nunc potest* etiam jure ci-  
vili, ex constitutione scilicet Ju-  
stiniani; ut cum utrumque in-  
telligi non possit de eadem ju-  
ris specie, accipiat de eodem  
juris effectu, cum parum referat  
ad vim tabularum, utrum here-  
ditas ex iis adiri, an bonorum  
possessio peti possit: quod ego  
verissimum esse arbitror.

## TEXTUS.

De errore in nomine lega-  
tarii.

29. *Si quidem in nomine,  
cognomine, prænomine, agno-*

*mine legatarii testator erraverit,  
cum de persona constat, nihil-  
ominus valet legatum. Idemque  
in heredibus servatur, & recte.  
Nomina enim significantorum ho-  
minum gratia reperta sunt: qui,  
si alio quolibet modo intelligan-  
tur, nihil interest (1).*

## COMMENTARIUS.

1. **T**ractationi de incertis per-  
sonis ea de errore no-  
minis, item de falsa demonstra-  
tione, & falsa causa, ideo sub-  
jungitur videtur, quia hæc quoque  
quodammodo personam legatarii  
incertam reddunt. Pertinet hac  
titulus *Pand. de cond. & de-  
monstr.* item *tit. C. de fals. caus.*  
*adj. leg. cum 2. seqq.*

2. *In nomine, cognomine, præ-  
nomine, agnomine* Hæc quatuor  
nomina etiam Imp. Gordianus di-  
stincte expressit in *l. 4. C. de  
testam.* Et plura etiam ejusmodi  
apud Romanos videmus, ut *Mar-  
cus Licinius Crassus Dives, Mar-  
cus Porcius Cato Sapiens, Quin-  
tus Fabius Maximus Allobrox,  
Lucius Cornelius Scipio Asiaticus.*

3. Prænomen erat nomen cu-  
jusque proprium, ut *Marcus,  
Lucius, Paulus, Publius.* No-  
men totius gentis commune erat,  
hoc est, omnes, qui ex eadem  
gente erant, eodem nomine ap-  
pellabantur, verbi causa, qui ex  
gente Cornelia, omnes Cornelii,  
qui ex gente Valeria, omnes Va-  
lerii nominabantur. Cognomine  
singulæ familiæ in quaque gente  
distinguebantur, idemque omnium,  
qui

(1) *L. 9. d. tit. 9. P. 6. vers. Pero. L. 28. vers. Pero cum seq. eod.*

qui ejusdem familiae erant, cognomen erat: ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu aliquo dicebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Asia oppressa agnomen acceperunt, quamquam ejusdem essent familiae, teste Cicerone *pro Muræ.* quo tamen loco & *alibi*, non agnomen illud, sed cognomen vocat. Unde apparet veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib. 1. de invent. cap. 9. Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiae sive cognomen hereditarium, a parentibus aut amicis proprium nomen mutnamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptismi initiatur, & in Ecclesiam recipimur.

4. *Cum de persona constat* ] Sive quis heredem instituit, sive alicui quid legat, personam heredem & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine: ceterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstrantur, valet institutio & legatum perinde ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l. 9. §. 8. de her. inst.* & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. 34. de cond. & demoustr. (1).* Cui jam & illud con-

sequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominus & institutio & legatum valeat, perindeque habendum sit, quasi nomen omnino adjectum non esset, dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l. 9. §. 8. Pro non dicto enim est, aut pro non scripto*; quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. de his quæ pro non script. habent.* Finge ergo, testatorem dixisse: *Cornelius, sororis meæ Corneliæ filius heres esto*; aut: *Cornelio, sororis meæ Cornelia filio centum lego*: etiamsi ei non Cornelius, sed Sempronius nomen sit, valebit institutio aut legatum. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debet Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *l. 4. de legat. 1.*

5. Plane si quis cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans vestem appellatione supellectilis contineri, placet, nec supellectilem, nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat. 1. (2)*, ubi Jurisconsultus differentiam hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia sint, hominum mutabilia.* Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum,

(1) *L. 2. tit. 4. P. 4. vers. Por.*

(2) *D. l. 28. tit. 9. P. 6.*

## De falsa demonstratione.

quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singularum & imponuntur, quia publica & communia, *l. 7. §. 2. de supell. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia impositione constant, & ita ut pro arbitrio cuiusque privati & rei considerationem, naturæ rei imponantur, unde nec rei substantiam, sed tantum differentiam indicant. Appellativa autem a natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt principia & elementa reliquorum. Si quis itaque per errorem supellectilem pro veste scripserit, neutrum debetur: non vestis, quia hujus non fit mentio; non supellex, quia de hac non sensit, vocabulo hoc aliis rebus quam vestibus conveniente. Ast si Davum pro Sticho dixit, & unus tantum servus adsit, facile apparet de quo senserit testator, quia nomen proprium servile non nisi servo suo competere potest.

6. *Significandorum hominum gratia* ] Ratio elegans: si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur, profecto nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitare debent.

30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratio legatum non perimit; veluti si quis ita legaverit: Sticho servum meum vernam do lego: licet enim non vernam, sed emptum sit, si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit: Sticho servum, quem a Sejo emi, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat (1).*

## COMMENTARIUS.

I. **Q**uod in errore nominis personæ legatarii aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen ob id non vitietur, modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset; dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. 17. in princ. & §. 1. l. 33. cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis. Eoque respicit Justin. in *pr. hujus §.* cum ait, proximam

(1) *L. 19. tit. 9. P. 6.*



esse superiori hanc juris regulam: *Falsa demonstratione legatum non perimi.*

2 *Stichum seruum meum vernam*] Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna: *Seruus domi ex ancilla natus.*

3 *Stichum seruum, quem a Sejo emi*] Aliud ejusdem generis exemplum ex *l. 17. §. 1. de cond. & dem.* Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ; idem vero etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit, aut falso demonstratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dammodo de persona ejus constet, cui testator legaverit, *d. l. 17. §. 1. l. 33. & l. seq. eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quam falsa demonstratio: non etiam error, qui obstat voluntati, qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut sanguine conjuncto, qui non erāt, legatum non valebit, *arg. l. 4. & l. 7. C. de her. inst.*

### TEXTUS.

#### De falsa causa adjecta.

31. *Longe magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cum quis ita dixerit: Titio, quia me absente negotia mea cu-*

(1) *L. 20. d. tit. 9. P. 6. l. 21. eod. vers. Otriosi cum seqq.*  
(2) *D. l. 21. in pr.*

ravit, Stichum do, lego; vel ita: Titio, quia patrocínio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocínio ejus liberatus sit, legatum tamen valet (1). Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo: Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do, lego (2).*

### COMMENTARIUS.

1 **Q**uod juris est, ait Cælius, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. 17. §. 2. de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu: *Ratio, propter quam aliquid datur aut fit, l. 52. de cond. ind. (3).* Igitur causa, id est, ratio legandi, etiamsi falsa sit, legato non obest. Sed hæc ait, longe minus falsam causam legato adjectam nocere, quam falsam demonstrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohærent: adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi a legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus in *l. 72. §. 6. de cond. & dem.* cum ideo ait, falsam causam legato non obesse: *Quia ratio legandi legato non cohæret.* Causa, quæ in futurum confertur,

(3) *D. l. 21. vers. Otriosi cum seqq.*

### De Legatis.

modus appellatur; veluti: *Centum lego, ut opus extruatur &c. d. l. 17. §. ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub mod. leg. (1).*

2 *Legatum tamen valet*] Donare enim nihilominus testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur: quippe qui sciebat, se ob negotia sua gratis gesta, aut patrocínio sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri. Cum igitur gratuitam mereque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid dederit, quod negotia sua adjuta putabat, falsa licet persuasionem, datum consistit, nec repeti potest, *d. l. 52. de cond. ind. redditurque hæc ratio in l. 65. §. 2. eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, quæ plenius interpretantur, *l. 12. de divo. reg. jur.*

3 Cæterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit *l. 72. §. 6. de cond. & dem.* nisi heres probet, testatorem legatum non fuisse, si causam, quam adjecit, falsam esse scivisset. Verba Papiniani sunt: *Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legatum non fuisse.* Quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum nunquam ita vitiat, quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa; tamen plerumque

#### Tom. II.

(1) *D. l. 21. vers. E a las ve-gadas.*

(2) *D. l. 21. tit. 9. P. 6.*

fieri, ut petentem legatarium heres summoveat exceptione doli mali, docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, alias non fuisse legatum.

4 *Conditionaliter enunciata*] Si causa conditionaliter hoc modo enunciata fuerit: *Titio, si negotia mea curaverit, fundum lego*, causa legato ipsa conceptione cohæret, & si falsa est, fit ut voluntas legato desit, & legatum sit inutile, *l. 17. §. pen. de cond. & dem. (2)*: nam conditiones, quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, *§. pen. inf. de verb. oblig.* Itaque hoc casu legatum non debetur ipso jure, eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. Conditioni affinis est modus: utrumque enim futurum aliquid spectat: nam si hæc legandi formula restator utatur: *Titio centum do lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, *d. l. 17. §. ult.* si ita dixerit: *Do lego, si monumentum faciat*, est conditionale (3). Effectu autem inter hæc non nihil interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præstita scilicet cautione de re restituenda, si modus non impleatur: sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit, extinguitur, *l. 3. l. 4. C. de cond. insert. (4)*: quanquam

H non  
(3) *D. l. 21. tit. 9. P. 6.*  
(4) *D. l. 21.*

non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur: nam si qua earum, quæ in non faciendō consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo, statim repræsentatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum; quod testator vetuit (1): si contra fecerit, rem una cum fructibus restitutum ei, ad quem jure civili, deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio quod a Q. Mucio inventa est & composita, Muciana dicta: atque in hereditatibus quoque locum habet, l. 7. l. 18. de cond. & dem. eam explicamus in §. 4. de verb. oblig.

## TEXTUS.

## De servo heredis.

32. An servo heredis recte legemur, quæritur: & constat, pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit (2).

## COMMENTARIUS.

I Proponuntur duæ. quæstiones contrariæ, una

- (1) L. 7. tit. 4. P. 6.  
 (2) L. 8. d. tit. 9. P. 6.  
 (3) L. 2. tit. 3. P. 6. vers. E

hoc §. an servo heredis recte legatur: altera §. seq. an recte legatur domino servi heredis instituti.

2 Pure inutiliter legari] Quod servo legatur, ipsi domino legari intelligitur, l. 31. de hered. instit. (3): proinde si servo heredis legetur, vi ipsa heredi a se metipso legatur: quod a juris ratione alienum est, l. 116. §. 1. de legat. 1. neque natura patitur, ut idem sibi & creditor sit, & debitor: quod fieri necesse est, si servo heredis legari volumus: nam heres hic & creditor sit oportet, quia dominus legatarii & debitor, quia heres testatoris. Hinc quotiescunque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eandem personam concurrant, confunditur obligatio & necessario extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest, l. 75. de solut.

3 Sub conditione vero recte] Quia regula Catoniana, quæ in specie hujus §. vitiat legatum purum, non pertinet ad legata conditionalia, l. 4. de reg. Caton. nec ad alia quorum dies non mortis tempore, sed ab adita hereditate cedit, l. 3. eod.

4. IN HISPANIA validum est legatum si dum testator moritur nullum legatario impedimentum obsit, quominus illud agnoscere queat, licet facti testamenti tempore ei obstisset, l. 1. tit. 9. P. 6. Ne tamen inferas, utile futurum legatum servo heredis pure relictum,

si brevemente, l. 23. tit. 6. ead. P. vers. Ca maguer.

## De Legatis.

si moriente testatore servus in eadem causa non manserit: contrarium quippe statuit l. 8. in pr. eod. jus Romanorum probans. Quamobrem laudatam regulam, quamvis verbis generalibus traditam in d. l. 1. exaudiendam censemus illis dumtaxat casibus, quibus impedimentum non sit naturâ absolutum & perpetuum: uti neque apud Romanos impedimenta hujus generis oberant institutioni servi, ut ex l. 82. de adq. vel omitt. her. diximus in §. 3. de her. inst. & 4. de her. qual. & diff. Alias enim dicendum foret, Compositores Partitarum intentos in transcribenda d. l. 8. ex hoc §. 32. non fuisse memores regulæ generalis, quam nuper scripserant in laudata l. 1. quod utique nimis est durum.

## TEXTUS.

## De domino heredis.

33. Ex diverso, herede instituto servo, quia domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator: non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur: cum hereditas a legato separata sit, & possit per eum servum alius heres effici, si prius quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit: vel manumissus ipse heres efficitur; quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem cau-

sa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum (1).

## COMMENTARIUS.

I Hæc species superiori contraria est. Ait enim, cujus servus heres institutus est, etiam sine conditione recte legari, hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui heres sit, non cedit: inveniunt legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hereditatem ad heredem ejus transmitti; sed non cedere apud heredem, ut in casu superiori, cum domino herede instituto servo ejus legatur: quippe dominum non recta seu statim per servum heredem fieri, sed ita, si jussu ejus hereditatem adierit: posse autem fieri, ut servus institutus, priusquam jussu domini hereditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit, hereditatem acquirat, maneatque sic hereditas a legato separata. Cum itaque hic legatum & hereditas decedente testatore statim in eandem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hereditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hereditate placet, legatum interim in suspenso esse: & siquidem servus, antequam jussu domini hereditatem adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si vero in eadem causa man-

H 2

se-

(1) D. l. 8. tit. 9. P. 6.

serit, & jussu legatarii adierit, evanescere propter confusionem cum hereditate, quo fit, ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsam est, a filio herede patri etiam pure legari posse, nec interesse, an die cedente legati filius in patris potestate sit, *L. 25. de leg. I.* vide Gloss. in *d. l. 25.*

## TEXTUS.

De modo & ratione legandi.  
De ordine scripturæ.

34. *Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur: scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem, cuius usus favorabilior est.*

## COMMENTARIUS.

**I** Sequitur hujus tituli caput ultimum, in quo abolerentur quædam juris veteris

scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur: & nimium hæc tres, quod ante heredis institutionem, quod post mortem heredis, quod poenæ nomine legari non poterat.

**2** *Ante heredis institutionem* Olim si ab institutione heredis initium testamenti factum non esset, legata ante institutionem heredis relicta inutilia erant, Ulpian. *tit. 24. §. ante 15.* Cujus rei rationem hanc affert ipse Ulpian. *Quia potestas testamenti ab heredis institutione incipit.* Unde heredis institutio intelligitur veluti caput & fundamentum totius testamenti. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, sprete testatoris voluntate. Et merito. Quoniam cum unus continuus testandi actus sit, nihil interest, utrum quid prius, an posterius scribatur, *l. 14. de pecul. leg.*

**3** , IN HISPANIA, nedum erit, validum testamentum, in quo, legata institutionem præcedant, sed etiam illud, in quo nulla, appareat heredis institutio, ut, sæpe diximus ex *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.*

## TEXTUS.

## De legato post mortem heredis vel legatarii.

35. *Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur; veluti si quis ita dicat: Cum heres meus mortuus fuerit, do, lego. Item: Pri-*

die

die quam heres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne in hoc casu deterior causa legatarum, quam fideicommissorum inveniantur (1).*

## COMMENTARIUS.

**I** Hæc item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem heredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano *tit. 24. §. post mortem 16.* & Paulo *3. sent. 6. §. 5.* Hoc ideo placebat, quia vetus erat juris regula, quod obligatio quæ non coeperat a defuncto vel contra defunctum, in persona heredis vel contra heredem non inciperet, *§. post mortem 12. infr. de inut. stipul.* Quod correxit Justinianus abrogans præfatam regulam, *l. unic. C. ut aut. ab herede (2).*

## TEXTUS.

## De legato poenæ nomine.

36. *Poenæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adinebatur, vel transferebatur. Poenæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquatur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat; veluti si quis ita scripserit: Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: vel ex diverso, si non collocaverit, dato*

decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit: Heres meus si servum Stichum alienaverit: vel ex diverso, si non alienaverit, Titio decem aureos dato. Et in tantum hæc regula observabatur, ut quante plurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei poenæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur: quin etiam nec libertates poenæ nomine dari posse placebat: eo amplius nec heredem poenæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat; veluti si quis ita dicat: Titius heres esto. Si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque heres esto. Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet poenæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare a cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa. Hujusmodi enim testatorum dispositiones valere, sectæ meorum temporum non patitur.*

## COMMENTARIUS.

**I** Tertia hæc species est, in qua jus vetus circa formam

(1) *L. 4. d. tit. 9. P. 6.*(2) *L. 4. d. tit. 9. P. 6.*

mam legandi a Justiniano mutatum. Olim quod poenae nomine relictum erat, in ea causa fuit, ut qualecunque hoc esset, in totum non valeret, Ulp. *tit. 24. §. poenae 17.* Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theophilus memorat. Primum, quoniam in heredis arbitrium hoc legatum confertur; sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate heredis poni non possit, l. 43. §. *pen. de legat. 1.* Deinde, quia finis legandi hujusmodi legato obstat: quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debent, non puniendi aut territandi heredis causa relinqui.

2 *Quod coercendi heredis causa relinquitur* ] Plenius aliquando definit Ulpian. *tit. 24. §. 17. Poenae*, inquit, *causa legatur, quod coercendi heredis causa relinquitur, ut faciat quidem aut non faciat, non ut legatum pertineat*: id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius a legatario percipiatur aut obtineatur.

3 *Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit* ] Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione ea, quae extat in l. *unic. C. de his quae poenae nom.* ut jam, quae poenae nomine relinquantur vel adimuntur aut transferuntur, non minus valeant, quam caetera, quae jure relicta sunt. Et profecto nemini iniquum

videri debet, eum, qui heres instituitur aut legato honoratur, pro modo relictum a testatore gravari aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honeste possit: praesertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint; l. 35. §. 3. *de her. instit.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut heres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur a poena, Covarr. in *cap. Rainaldus §. 1. n. 7. de testam.* Pergr. *lib. 3. de jur. fisc. cap. 18. n. 108.* Sunt tamen qui putant jam ante Justinianum fuisse permissum poenae nomine legare per l. 1. *de pen. leg. l. 27. de cond. & demonstr. l. 1. de his quae poen. nom.* quod non definimus, quia nullam meretur operam.

4 *Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur* ] Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe poenae locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, l. 131. *de verb. sign.* Quae vero culpa aut fraus in eo, qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum: *Heres meus, nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glos. in d. l. *un. C. de his quae poen. nom.* notat, & diserte scriptum est in d. l. 1. *Pand. eod.*

## TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

## DE ADEPTIONE LEGATORUM

## ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. Tit. 4. (1).

**D**ICTUM haecentis est de iis, quae ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur, quomodo recte ab initio constituta infirmantur. Id fit eum aliis modis, tum maxime ademptione aut translatione, de quibus etiam hic Justinianus solum agit. Est autem haec facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit, id ei adimere aut in alium transferre possit; voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad vitae supremum exitum, l. 4. *hoc tit. (2).* Ademptione legati, vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum intelligitur, si testator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis, sive directo contrariis, dum testatur, se adimere quod dedit; sive aliis quibuscunque, ex quibus aperte intelligatur, poenituisse eum prioris voluntatis, arg. l. 13. *eod. vel rebus & factis*: veluti si legatum consulto indaxerit, l. 16. *eod. (3)*: aut rem legatam destruxerit, l. 65.

§. *ult. de legat. 1. l. 88. §. 2. de legat. 3.* aut in novam speciem transtulerit, quae ad pristinam materiam reduci non possit, d. l. 88. *in pr. & §. 1. (4)*: vel nulla necessitate adductus alienaverit: de quo actum *tit. preced. §. 12. (5)*: vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit: de quo sub §. 21. *eod. tit.* Ope exceptionis ademptio introducitur, si quid intervenierit, ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis, neque facto aliquo palam declaravit, se legatum adimere: veluti si graves inimicitiae inter testatorem & legatarium intercesserint, nec reconciliatio secuta sit; hic petenti legatario obstat exceptio doli ex nuda eaque praesumpta contraria voluntate, l. 3. §. *ult. junct. l. seq. hoc tit.*

## TEXTUS.

## De ademptione.

*Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive*

(1) L. 39. cum seqq. tit. 9.  
P. 6.  
(2) L. 25. tit. 1. P. 6.

(3) L. 39. tit. 9. P. 6.  
(4) L. 42. eod.  
(5) L. 40. eod.

*codicillis, firma est: sed & sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti, si quod ita quis legaverit: Do, lego, ita adimatur. Non do, non lego: sive non contrariis, sed aliis quibuscunque verbis (1).*

**H**ic textus clarus est.

### TEXTUS.

#### De translatione.

1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest; veluti si quis ita dixerit: Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego: sive in eodem testamento, sive in codicillis id fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

### COMMENTARIUS.

1. **A**B alio ad alium ] Ex Cajo l. 5. hoc tit. Potest vero & aliis modis translatio fieri. Paulus l. 6. eod. quatuor modos commemorat. Aut enim, inquit, a persona in personam transfertur; ad quem modum pertinet species hic proposita: aut ab eo, qui dare jussus est transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub conditione. Adjiciatur & quintus, cum quod prius sub conditione datum est, deinde pure legatur, l. 89. de cond. & dem.

(1) D. l. 39. tit. 9. P. 6.

2. *Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego ]* Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis, quæ re fieri dicitur, cum disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa: Titio hominem Stichum do, lego; Sejo eundem do, lego: qua nihil Titio adimi, sed Sejus in eandem rem cum Titio vocari intelligitur, §. 8. tit. præc. nisi evidenter appareat, adimere testatorem voluisse, l. 33. de legat. 1. Sed diversæ omnino sunt hæc formulæ; & cum quis ita dicit: Quod Titio legavi, id Sejo do, lego, ex ipsa conceptione perspicue apparet, Titium & Sejum non conjungi in eandem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam etiamsi persona legatarii non mutetur, sed, verbi gratia, ita testator scripserit, licet ex continenti: Stichum, quem Titio legavi, heres meus illi dato, si illud aut illud factum erit; legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, l. 89. de cond. & dem. Obstat tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt in hac specie: Ex qua parte Sejum instituit, ex eadem parte Sempronius heres esto; Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, l. 15. in princ. de hered. instit. Sunt qui in institutione heredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra: quod ego falsum puto, & diversas esse for-  
mu-

## De ademptione legatorum & translatione.

mulas: Stichum, quem Titio legavi, Sejo, lego; & Stichum, quem Titio legavi, eundem Sejo lego; illa enim aperte adimitur Titio, quod Sejo datur: hæc uterque in eandem rem manifeste conjungitur, cum idem utriusque legatur. Alioquin dari solet

regula: Ex repetitione nominis primi legatarii præsumi in dubio translationem: ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem; e. g. Stichum, quem Titio legavi, Cajo do, lego. Titio Stichum do, lego; eundem Cajo do, lego.

## TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

### DE LEGE FALCIDIA.

*Dig. Lib. 35. Tit. 2. Cod. Lib. 6. Tit. 50. Nov. I. (1).*

1. **I**N disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissime antiqua legandi licentia repressa, & modus legatorum constitutus est.

### TEXTUS.

#### Ratio & summa hujus legis.

*Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege XII. Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset: Uti quisque legasset suæ rei, ita jus esto; visum est, hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut mi-*

Tom. II.

(1) Tit. II. P. 6.

*nimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consumptionem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est, ut sive unus heres institutus sit, sive plures, apud eum eosque pars quarta remaneat (2).*

### COMMENTARIUS.

1. **L**EX XII. Tab. libera erat legandi potestas ] Causa seu potius occasio rogandæ hujus legis. Lege XII. Tab. licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut heredi relinqueretur, præter onus & molestiam æris alieni. Sic enim, ea lege simpliciter datum erat: Uti quisque legasset

I  
(2) L. I. d. tit. II. P. 6.  
sue

*sue rei, ita jus esto*, l. 120. de verb. sign. Hac licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis heredibus nullo suo, aut quam minimo lucro hereditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpe oneribus, minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publice interesse existimaretur, supream hominum voluntates conservari, l. 5. test. quem. aper. visum est ex usu esse Reip. heredes justo aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commode fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod heredes ex testamento caperent. Quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est.

2 *Ipsorum testatorum gratia*] Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam, ipsorum testatorum gratia latas, ne scilicet, ut subicit, voluntas eorum destituito testamento periret. Forte etiam hæc ratio fuit, quod qui substantiam omnem legatis erogant, credibile sit, errore ductos id facere, existimantes, plus se in bonis habere, quam habent, argum. l. 10. qui & a quib. man. Quanquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & secundum eam exhausto legatis patri-

monio, legatarii adhuc facere possunt, ut voluntas servetur: quippe qui ne deserto testamento nihil consequantur, potius cum herede paciscentur, partemque remittent, §. 2. *infr. in fin. hoc tit.* tamen facilius heredem inductum iri, ut hereditatem adeat, Legumlatores putaverunt, si iure suo & beneficio legis partem aliquam haberet, quam si beneficio legatariorum.

3 Licet autem hinc intelligere, leges hasce rogatas non esse singulorum testatorum gratia, sed tantum in genere & quasi in abstracto testatores a Latoribus consideratos, tanquam omnes ita affecti sint, ut malint partem legatariis detrahi, quam voluntatem suam in totum perire. Et enim singulorum testatorum favore si hæc leges introductæ essent, licuisset singulis, & verbi causa Titio testatori, huic suo favori renuntiare, & testamento cavere ne heres aliqua harum legum uteretur; quod non licuisset certum est: sed contra etiam invito testatore, contra sententiam ejus, eoque prohibente, vim suam illas exercuisse, ut de lege Falcidia expresse traditum est l. 15. §. 1. & ult. l. 86. *in fin. hoc tit.* convenienter capiti secundo ejusdem legis, quo nemini plus legare permittitur, quam dodrantem bonorum, l. 1. *in pr. vers. secundo, eod.* Hujus rei etiam fortissimum argumentum est, quod placet, in testamento militis legi Falcidiæ locum non esse, l. 7. C. eod. l. 12. C. de testam. milit. Nam si ex voluntate & favore

te-

testatoris induceretur, vel magis valere deberet in testamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam cæterorum, tribuitur. Porro ex his simul intelligimus, latas esse superiores leges in heredum potissimum gratiam, & minus principaliter etiam testatorum, & nominatim Falcidiam, de qua sola nunc quaeritur: quod etiam diserte traditum est in l. 71. *hoc tit.*

4 *Lex Furia*] Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi potestatem coangustavit, lege perlata, ne cui supra mille asses legare liceret, constituta quadrupli pœna adversus eum, qui plus cepisset, Ulpian. *tit. 1. §. 2.* & Theophilus *hæc*, qui tamen non asses habet, sed aureos seu solidos. Qua quidem lege etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi: & cum de singulis duntaxat legatariis lex caveret, facile evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato, hereditas, præsertim non opulenta, rota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

5 *Lex Voconia*] Cum usu omnium rerum magistro comperit, lege Furia superius incommodum nequaquam esse sublatum, Q. Voconius Tribunus plebis aliud remedium adhibendum esse existimavit. Igitur abrogata lege Furia, ipse aliam tulit, ne quis census plus cuiquam legaret, quam ad heredem heredesve pervenerit, ut ex *Verri-na de prætura urbana* intelli-

tur: ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coërcitæ mulierum hereditates, altero cautum (quod etiam Theoph. scribit) ne plus haberet legatarius, quam heres. Verum ne hac quidem lege finis legandi factus, cum & ipsa de singulis tantum caveret legatariis. Quid enim si numerus legatariorum tantus sit, ut in singulos singulis sextulis erogatis, una quoque tantum sextula, & forte unus aureus heredi relinquatur? Quis spe tantuli luccelli hereditatem alicujus cernat?

6 *Lex Falcidia*] Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata est a Pub. Falcidio Tribuno plebis, temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino, & C. Asinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCCLV. teste Dione *lib. 48. pag. 430.* Hæc demum lege certis terminis circumscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata consumatur, l. 1. *hoc tit.* Quare, ut maxime legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam heredis lucro cedat, necesse est. Superiores igitur leges, etsi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit; quam ob causam & ipsa sola superioribus antiquatis recepta, atque in hoc usque tempus retenta est.

7 *Ne plus legare*] Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta est: & statim quidem, ut opinor, interpretatione pruden-

dentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum. Porro producta etiam est ad donationes mortis causa, idque constitutione l. 5. C. eod. l. 2. C. de don. mort. caus. (1). Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, l. 12. C. hoc tit. Propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successione: quod a D. Pio factum scribit Paul. in l. 18. hoc tit. Denique vis legis senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hereditates: de quo seorsum tit. seq.

8 Pars quarta remaneat] Nec solum heres, si possidet, quartam partem retinere potest, aut errore facti non retentam repetere, l. 1. §. II. hoc tit. l. 9. C. eod. sed etiam si non possidet, portionem suam a quovis possessore vindicare, l. 26. eod.

## TEXTUS.

## De pluribus heredibus.

1. Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis (veluti Titio & Sejo), si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: a Sejo vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem dimidiam minuunt: an, quia is quartam partem totius hereditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ

(1) D. l. i. tit. II. P. 6. in fin.

ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis saluam habeat: placuit, posse retinere: etenim in sigulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

## COMMENTARIUS.

1. Lege Falcidia potestas facta est parifam. tantam pecuniam testamento dandi legandi, quantam volet; dum ita detur legetur, ut ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. In uno herede instituto res expedita est: nam si is, solutis legatis, quartam totius hereditatis integram habet, legi satisfactum est: eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus; ex una pure, ex altera sub conditione; ex una legatis onerata, ex altera illibata, l. 1. §. 13. l. 11. §. pen. hoc tit. cujus rei ratio peti potest ex l. 52. §. 1. de adq. vel om. her. Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem heredes, sed sine partibus omnes instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus heredibus ex certis partibus institutis, si unius duntaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud coheredes pars quarta hereditatis maneat intacta.

2. Duobus heredibus institutis] Testator cum non amplius, quam centum in bonis haberet, duos

## De lege Falcidia.

duos heredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse heredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: a Sejo vero nihil, aut minus viginti-quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hereditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integer maneat. Quæritur, an mortuo testatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere. Videri poterat legi Falcidiæ satisfactum esse, cum quarta pars apud alterum maneat illibata: utique satis esse ad intentionem legis, hoc est, ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hereditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis, ex qua institutus est, retinere posse: quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hereditatis salva maneat, sed nominatim ut heredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis, cum non uni heredi tantum, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque heredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, l. 77. hoc tit.

3. In singulis heredibus ratio] Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, heredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non sem-

per separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui heredes extiterunt. In quo distinctio quæ probata est, habetur in l. 78. junct. l. 87. §. 4. hoc tit. In tabulis patris & filii, id est, in pupillari substitutione, licet duo sint heredes filius & ejus substitutus, una tamen est Falcidia, quasi legata secundis tabulis relicta, primis sub conditione data intelliguntur, l. 11. §. 5. hoc tit.

## TEXTUS.

## Quotempore spectatur quantitas patrimonii.

2. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque (verbi gratia) si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex parte ancillarum hereditariarum, aut ex factu pecorum, tantum accesserit hereditati, ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuagintaquinque legaverit, & ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum), ut non amplius quam septuagintaquinque (aureo-

reorum substantia) vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur (1). Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci.

## COMMENTARIUS.

**I**N quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari, exinde neque accessione legata augeri, neque decessione minui; sed incrementum omne & damnium, quod jacente hereditate contingit, heredem sequi, l. 73. hoc tit. Cujus rei ratio est, primum, quoniam heres quartam partem ex bonis hereditariis habere debet: at ea proprie sunt quæ tempore mortis cujusque inveniuntur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hæc est, legata ex eo tempore deberi incipiunt, l. unic. §. 1. C. de cad. toll. (2). Adde, quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, d. l. 73. §. ult.

**2** Nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem &c.] Postquam placuit, a morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hereditatem contingens legatariis prodesse non debet, d. l. 73. l. 30. hoc tit. Excipiendum tamen hic est, si quid

(1) L. 3. d. tit. II. P. 6.

(2) L. 34. tit. 9. P. 6. vers.

accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis a defuncto contractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet, ex postfacto uberiorem videri sibi hereditatem commodo legatariorum, l. 56. §. 1. eod.

**3** In tantum decreverint] d. l. 30. d. l. 73. Sunt vero hæc sic accipienda, si damna circa res alias, quam quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa heredis, id non heredi, sed legatariis nocet, ut vidimus sup. §. 16. de legat.

**4** Cum herede in portione pacisci] Ne destituto testamento, legata corruerent, solebant legatarii cum herede pacisci, se partem legatorum remissuros.

**5** IN HISPANIA nihil legatariorum oberit, quod heres non adeat hereditatem: quandoquidem eo, non adeunte non ideo minus, legata sustinentur ex l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Unde pactiones & stipulationes, de quibus Justinianus in calce hujus §. prorsus, inutiles apud nos.

## TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

**3.** Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & prætia servorum manumissorum

E ann cum seq.

## De lege Falcidia.

rum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi. Quod si trecentos quingentos legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet (1).

## COMMENTARIUS.

**I**Antequam summa constituitur, unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum; ex eo enim quartam heres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive: Quod quisque in bonis habet, l. 14. §. ult. l. 16. ad SC. Trebell. Bona cujusque intelliguntur: Quæ deducto ære alieno supersunt, l. 39. §. 1. de verb. sign. Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cum moreretur habuit, sed id solum, quod hereditariis onibus deductis superest. Cujusmo-

(1) L. 2. d. tit. II. P. 6.

di onera sunt, æs alienum hereditarium, funeris impensæ, & prætia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad heredes certo mensuræ transeant (nam contra est, si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, l. 32. hoc tit. vel ita transeant, ut non sint mensuræ: exempla in l. 11. §. 1. & 2. l. 38. eod.), & ex iis heres aliquid commodi percipere potuerit: non enim computatur nomen inane, quod tantum ex eventu hereditatem auget, l. 22. §. pen. & ult. hoc tit. neque debitum naturale nondum solutum, l. 1. §. 17. eod.

**2** Æs alienum] Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est: Id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, l. 54. hoc tit. Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hereditatem nata est; tanquam contractum ab hereditate, l. 39. eod. Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam heres quod sibi a defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cum additione hereditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, l. 75. l. 95. §. 2. de solut. Sed nihilominus placuit deduci pos-



posse, l. 6. C. hoc tit. (1); idque ob hanc proculdubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius a Justiniano tributum heredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hereditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, l. ult. §. 9. C. de jur. delib.

3 Impensa funeris ] (2). Ea est: Quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci, neque mortuus sepeliri honeste potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, l. 14. §. 3. de rel. & sumpt. fun. l. 1. in fin. cum l. seq. hoc tit. Hæc autem impensa semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sunt, l. pen. de rel. & sumpt. fun.

4 Pretia servorum manumissorum ] Nec tantum eorum, qui testatoris proprii fuerunt, verum etiam, quos heres, cum alieni essent, redimere, & manumittere rogatus est, l. 37. §. 1. hoc tit. (3). Aliarum quoque impensarum, quæ modo hereditatis suscipiendæ causa factæ sint, deductionem permi-

sit Justinianus l. ult. §. 9. C. de jur. delib. (4). Quæ sequuntur, Interpretem non desiderant.

5 Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam olim etiam cessabat in testamento militis, l. 7. C. hoc tit. l. 12. C. de test. milit. (5). Item in dote mulieri re legata, propterea quod suam rem mulier recipere videtur, l. 81. §. 1. hoc tit. in commodo tamen representationis legi patuisse locum non dubito, arg. l. 2. in pr. de dot. præl. l. 1. §. 10. hoc tit. Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, l. 33. eod. l. 8. §. 9. de inoffic. test. Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, per auth. Similiter C. hoc tit. quanquam in novell. 131. cap. 11. unde dict. auth. sumpta est, hoc non dicatur absolute: si testator rem legatam veterit alienari, nov. 119. cap. 11. unde auth. Sed & ea C. hoc tit. (6); & in universum si prohibuerit expresse, heredem Falcidia uti, novell. 1. cap. 2. auth. Sed cum testator C. hoc tit. (7): item si heres inventarium facere neglexerit, l. ult. C. de jur. delib. (8). Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, l. 59. pr.

- (1) D. l. 2. tit. 11. P. 6.  
 (2) D. l. 2. tit. 11. P. 6.  
 (3) D. l. 2. tit. 11. P. 6.  
 (4) D. l. 2.  
 (5) L. 4. tit. 11. P. 6.

- (6) L. 6. tit. 11. P. 6.  
 (7) D. l. 6.  
 (8) L. 10. tit. 6. P. 6. l. 7. d. tit. 11. P. 6.

pr. & §. 1. hoc tit. sed quarta, quam non retinet, ad fiscum pertinet ex rescripto D. Pii (1). Postremo qui sciens, aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine conditionem habet, l. 9 C. hoc tit.

6, IN HISPANIA ex legatis, ad piam causam non detrahitur, Falcidia, l. 4. tit. 11. Part. 6. Neque heredi, qui per errorem, facti aliqua legata ex integro solvit, licet ex cæteris nondum, solutis Falcidiam detrahare: nisi postea emergerit magnam æs, alienum, cui solvendo testator, rem fuisse obnoxium, ignorasset, heres, l. 6. eod. in fin. Et obiter monendi sumus, quod si defunctus reliquerit liberos, non quarta duntaxat bonorum pars, sed bona omnia, quinto excepto, apud eos sunt necessario, mansura. Sin autem non extantibus defuncti liberis, ei parentes supervixerint, tota hereditas ad hos pertinebit, si tertium excipias, ut ostendimus in Append. de legit. port. lib. & de mel. tert. & quint.

## TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

### DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Dig. Lib. 36. Tit. 1. Cod. Lib. 6. Tit. 42. & 49.  
 Novell. 39. & 108. (2).

I **S**upra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permista utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituator disputatio: quod alterum est partitionis ante positæ membrum. Fideicommissum est, auctore Ulpian. in fragm. tit. 25. Quod non civilibus verbis, sed

precativè relinquitur; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Igitur sic recte illud definiaveris: Id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.

## TEXTUS.

### Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.

Tom. II.  
 (1) L. 5. d. tit. 11. P. 6.

K  
 (2) L. 14. tit. 5. P. 6. l. 8. tit. 11. eod.

I Fideicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale est: *Quod hereditatem vel totam vel partem ejus continet.* Particulare: *Quo non hereditas aut pars hereditatis, sed res singula relinquuntur; quod proinde rectius dixeris singulare aut speciale.* De fideicommissis rerum singularum agetur proxime: de universalibus sive fideicommissariis hereditatibus *hoc presenti titulo.*

2 Prius est] Quemadmodum prius egit de heredibus institutendis & deferenda testamento hereditate, quam de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis ut digniorem præponens acquisitioni rerum singularium; ita etiam *hic* prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi. & effectu idem sunt quod hereditas: postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis.

## TEXTUS.

## Origo fideicommissorum.

1 Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vin-

culo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea D. Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur, & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem: tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

## COMMENTARIUS.

I Primis temporibus infirma] Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio a fide, religione ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet a liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necessitate obligationis, l. 1. & 2. de prec. ita nec ex precibus testatoris quenkam invitum obstringi debere existimabant, non magis, quam ex commendatione, l. 11. §. 2. de legat. 3. Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est, quod rogatur, non inducit obligationem, l. 13. C. de contr. empt.

2 Qui capere ex testamento poterant] Duplex olim usus fidei-

com-

commissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat, ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usum codicillorum invexit, *infr. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus, cum scilicet heres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret, quod fideicommissum tacitum dicitur, l. 103. de legat. 1. domestica scilicet cautione vel chirographo promissum, extra testamentum, d. l. 103. l. 10. de his quæ ut indign.

3 Incapacium autem olim duo fuere genera; unum eorum, qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero erant proscripti & Latini Juniani, omnesque, qui cives Romani non erant: alterum eorum, qui cives erant, sed propria & civili ratione, aut nihil, aut non solidum, aut non ex omnium testamentis poterant capere, quales ex lege Voconia virgines, mulieres; ex lege Julia de maritandis ordinibus coelibes, orbi: quæ diligentius executus sum in explicatione *principii tit. de hered. instit.* Exemplum fideicommissi prioris generis incapacibus relictæ in proscripto habemus apud Ciceronem *lib. 1. in Verr.* qui de prætura urbana dicitur. Alterius generis duo apud eundem *lib. 2. de finib. cap. 17.* unum relictum a testatore filix suæ; aliud uxori.

4 Ostendunt hæc exempla, lege Voconia mulieres heredes institui non potuisse, non uxorem

a marito, non filiam a patre. Multorum lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cic. *d. loc. & in orat. pro Corn. Balb.* Livius *lib. 41.* (in epitome Florimendose legitur *Volumnius* pro *Voconius*) Quintil. *declam. 264.* Dio *lib. 56. pag. 662.* Gell. *lib. 17. cap. 6. & lib. 20. cap. 1.* Augustin. *lib. 3. de Civ. Dei, cap. 21.* Utrum autem simpliciter & a tota successione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem adhuc capere potuerint, incertum est.

5 Ex libris nostris manifestum est, legem Voconiam postea plane in desuetudinem abiisse, & jam tum sua ætate obliteratam fuisse, testatur Gellius *lib. 20. cap. 1.* Eo vero jure, quod post secutum est, nec licitum heredi fuisse videtur, hereditatem incapaci restituere, argumento est, quod favore fisci constitutum fuit, ut si heres hujusmodi fideicommisso tacite fidem suam accommodasset, hereditas ei auferretur, & vindicaretur fisco, l. 1. l. 3. de jur. fisc. Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relictum, constat ex l. 7. de legat. 3.

6 Gratia personarum motus] Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege; sed cum unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas, quæ *hic* memorantur, Consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, Consulibus cognitionem de fideicommissis singulis annis, aut in singulis negotiis mandavit.

K 2

Ait,

Ait, *gratia personarum*. Ipse Augustus relictum a se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *infr. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari eruditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

7 *Per ipsius salutem*] Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis, etiam sanctis viris usurpatum, ut Genes. cap. 42. 15. per salutem Pharaonis.

8 *In assiduam jurisdictionem*] Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis, aut quotannis Magistratibus mandaretur, sed ut perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent, quamquam extra ordinem, ut scilicet ipsi Magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & Judicem darent, Ulpian. tit. 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, l. 178. §. 2. *de verb. sign.* Justinianus quidem, ut monuimus *supr.* §. 3. *de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, l. 1. C. *comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, l. 2. C. *cod.* Verum hoc ad fideicommissa rerum singularum duntaxat, sicut

& universa exæquatio, pertinet. Postea Prætor proprius creatus, qui de fideicommissis jus diceret, ut habetur *hoc text.*

## TEXTUS.

## De fideicommissis heredis scripti.

2. *In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituat, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: alioqui inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit: Lucius Titius heres esto, potest adjicere: Rogo te, Luci Titi, ut cum primum poteris hereditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. Potest autem quisque, & de parte restituenda heredem rogare. Et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.*

## COMMENTARIUS.

I **R**ecto jure testamento heres instituat] Cum quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omnino est, quod hic traditur, ut testator directo aliquem testamento heredem instituat, cumque roget, ut hereditatem alii restituat: quippe cum sine institutione heredis testamentum consistere non possit, §. 34. *supr. de legat.* Utrum autem heres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §.

## De fideicommissariis hereditatibus.

§. 1. & 2. *infr. de cod. l. 8. eod.*  
2 *Vel ex certo die*] Fideicommissum relinqui potest ut ex certo die præstetur: quia ex eo non sequitur testatorem decedere pro parte intestatum, cum qui restituit, semper heres maneat, §. *seq.*

3, **I**N HISPANIA meminisse oportet ejus, quod sæpe diximus, testamentum sine heredis institutione posse consistere, re, & permissum cuicumque, partim testato, & partim intestato decedere. Unde locum non habent, quæ ex contrariis Romanorum juris principiis manant. Quinimo si heres institutus hereditatem adire recusaverit, ea fideicommissario defertur, l. 1. *in fin. tit. 4. lib. 5. Recop.*

## TEXTUS.

## Effectus restitutionis hereditatis.

3. *Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus heres permanet: is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur.*

## COMMENTARIUS.

I **R**egula est juris antiqui: Qui semel heres extitit, non potest desinere heres esse, l. 88. *in fin. de her. inst. l. 7. §. 10. in fin. de minor.* Quæ regula ex eo sumpta est, quod placet, obligationem & actionem a persona ejus, cui aut adversus

quem semel quæsitæ est, avelli non posse: de quo diligentius, Deo volente, præcipimus *infr.* sub §. 1. *de action.*

2 *Aliquando heredis, aliquando legatarii loco*] Loco heredis habebatur fideicommissarius, si restituta esset hereditas ex senatusconsulto Trebelliano: loco legatarii, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus ostendit *tit. 25. §. 12.*

3, **I**N HISPANIA fideicommissarius semper habetur loco heredis pro parte hereditatis, quam capit, cum pro rata ejus, onera hereditaria sustineat, l. 8. *tit. 11. P. 6. in fin.*

## TEXTUS.

## De senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Coss. senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili heredi & in heredem competere, ei & in eum darentur, cui ex fideicommissis restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum Prætor utiles actiones ei, & in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi, & in heredem dare cepit.*

## COMMENTARIUS.

I **T**rebellio Maximo & Annæo Seneca Coss.] Hoc idem testatur & Ulpian. l. 1. *ad SC.*

SC. Trebell. Cæterum hi Consules non reperiuntur in *Fastis seu indice Consulium*: quare credendum est, eos non fuisse ordinarios sive initio anni creatos, sed successores in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio lib. 43. & 48. refert, anni Consulium ab his duobus, qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus, in senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur, quod confirmat *hic locus*: cui similis est in §. seq. nam neque Pegasi & Pusionis meminerunt *Fasti*: & in l. 26. §. 7. de *fideic. libert.* ubi mentio fit senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispano Coss. qui & ipsi in *catalogo Consulium* non recensentur, ut successores eos fuisse oporteat.

2 *Si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit*] Cum heredes, qui rogati erant hereditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hereditatem adire plerumque recusarent; & non adita hereditate fideicommissum intercideret: cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuiquam fidem suam esse periculosam; senatusconsulto Trebelliano dubitatio heredum cum metu incommodi sublata est, cautumque, ut quæ actiones in heredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommissio restitueretur hereditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum

voluntates, l. 1. §. 2. & 3. ad SC. Trebell.

3 *Prætor utiles actiones*] Licet senatusconsulta pars sint juris civilis, ac proinde per senatusconsultum heres effici possit, ut efficitur senatusconsultis Tertylliano & Orficiano; eum tamen, cui ex fideicommissio restituta est hereditas, senatus heredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per additionem heres factus locum obtinet, quem strictæ juris ratio non patitur desinere heredem esse: quæ eadem portio ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommissarium transferre queant, sed ut semel heredi quæsitæ sunt, ita perpetuo apud eum mancant, neque a persona ejus possint separari. Cum igitur actiones directæ non possint & apud heredem manere, & simili pari jure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, Prætor ex auctoritate senatus utiles ei & in eum, tanquam heredi & in heredem, actiones dedit, ut *hic scriptum est*: convenit l. 18. §. ult. ad leg. *Falc.* & l. pen. in fin. C. hoc tit. Neque injuria fit creditoribus hereditariis, quod actiones eorum directæ mutantur in utiles: nam nova utilis, quæ succedit ejusdem cum vetere potestatis est, eundemque effectum habet, l. 47. §. 1. de *neg. gest.* In summa senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ heredi & in heredem jure civili competunt, post restitutionem hereditatis in persona heredis inutiles sint, utque agens exceptione repellit, ita conventus alios repellit.

I **T**Ametsi senatusconsulto

Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hereditaria in eum, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas, transferrentur, id tamen nondum sufficiebat ad invitandum heredem ad adeundam hereditatem. Quamvis enim nullum damnum post hoc senatusconsultum heredi adeunti & restituenti immineret, tamen, ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque heredes scripti adire hereditatem alieni emolumentum causa, unde ipsi nullum aut exiguum lucrum percipiuri erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommissum hereditatis sæpe intercideret. Huic igitur incommodo occursum est senatusconsulto Pegasiano, cautumque, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur.

2 *Perinde &c. atque ex lege Falcidia*] Quod lex Falcidia in legatis, illud ipsum valet senatusconsultum Pegasianum in restituenda hereditate. Quin potius hoc senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommissa hereditatis. Justinianus in *orat. ad Senat.* Pegasianum factum esse ait, ad Falcidiæ imitationem. Atque hinc est, quod veteres etiam quartam hujus senatusconsulti, quam nunc vulgo *Trebellianicam* vocant (1), non quartam Pegasiani,

lere possit: contra vero in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus & agat efficaciter, & conveniatur.

## TEXTUS.

## De senatusc. Pegasiano.

5. *Sed quia heredes scripti, quum aut totam hereditatem, aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguuntur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permessa est. Post quod SC. ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommissio recipiebat partem hereditatis, legatarii partarii loco erat, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem & partarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommissio recepit hereditatem, & heredem, id est, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

(1) L. 8. tit. II. P. 6.

ni, sed quartam Falcidiae, aut commodum Falcidiae perpetuo appellarint, ut videre est in l. 30. §. 7. ad leg. Falcid. l. 2. l. 3. l. 22. §. 2. hoc tit. ad SC. Trebell. & plurimis aliis locis.

3 Est tamen adhuc aliquod discrimen circa res, quas in hacce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantum imputantur, quæ jure hereditario heres capit (1): in quadrantem vero Pegasianam etiam ea, quæ heres fiduciarius capit jure legati vel fideicommissi, aut implendæ conditionis causa, l. 74. l. 91. ad leg. Falcid. (2). Quæ differentia innata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat, ut proinde apud heredem quarta pars non quarumlibet rerum: sed hereditatis manere debeat; non prohibet autem senatus ultra dodrantem heredis fideicommissi: tum etiam, quod Falcidia voluntati testatoris subservit, quem verisimile non sit legatis patrimonium suum exhaurire voluisse, sed potius opinionem ejus non respondere calculum facultatum: at senatusconsultum manifeste testatoris voluntati adversatur, quæ hæc est, ut restituta hereditate, apud heredem nihil præter nudum nomen heredis remaneat. Plane nec pars ea prælegati, quæ a coherede accipitur, heredi fiduciario in quartam imputatur, l. 86. d. l. 91. ad leg. Falcid. Vide si placet Donnell. 7. comm. 30. & 8. cap. 26. Ant. Fab. 6. conj. 3. 4. & 5. Cujac. 8. observ. 4. Fachin. 5. contr.

(1) Arg. l. 1. eod.

15. & 16. qui & alios citat.

4 Ex singulis quoque rebus] His verbis hoc solum significari existimo, ut si heres & hereditatem partemve hereditatis restituere jussus est, & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantum quartam hereditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset. l. 3. §. 2. hoc tit. ad SC. Trebell.

5 Ipse heres onera sustinebat] Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegasianam retentionem quartæ partis concedebat; onera vero nulla transferebat, quasi sufficere heredibus deberet, quod quarta pars ipsorum lucro cederet, ob cuius commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent.

6 Partitio vocabatur] Is, cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati species partitio, Ulpian. tit. 24. §. 25. & tit. 25. §. 15. Meminit & Cicer. 2. de legib. Rationem appellationis hæc esse, ait Justinianus, quoniam cum herede legatarius partiebatur hereditatem, id est, res hereditarias seu universa bona. Sed quia juris successor non erat, nullæ actiones in eum transferebantur. Huic similis erat is cui ex senat. Pegasiano restituebatur hereditas. Unde inter eum & fi-

(2) D. l. 8. eod. vers. Petro.

## De fideicommissariis hereditatibus.

duciarium heredem interponi solebant stipulationes, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset: de quibus in calce hujus textus.

### TEXTUS.

Quibus casibus locus est senatusc. Trebell. vel Pegas.

6. Ergo, siquidem non plus, quam dodrantem hereditatis, scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas, & in utrumque actiones hereditariæ pro parte rata dabantur: in heredem quidem jure civili; in eum vero, qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano, tanquam in heredem. At si plus, quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatusconsulto: & heres, qui semel adierat hereditatem (si modo sua voluntate adierat), sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & heredem: si vero totam hereditatem restitueret, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus heres adire hereditatem ob id, quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam; cavebatur Pegasiano senatusconsulto.

sulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu Prætoris adiret, & restitueret hereditatem, perindeque ei & in eum, qui reciperet hereditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus est opus; quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hereditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hereditatem; utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

### COMMENTARIUS.

I Non plus quam dodrantem] Senatusconsulti Pegasiani duo principalia capita fuere; quorum uno cavebatur de herede rogato totam hereditatem aut plus quam dodrantem restituere: altero, de eo herede fiduciario, qui adire hereditatem recusabat. Nihil autem hoc senatusconsulto cautum de herede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hereditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommissarium sine ope stipulationum, Ulp. tit. 25. §. is qui 14. in aliis vero ex Pegasiano.

2 Si modo sua voluntate &c. ipse universa onera sustinebat] Ait, heredem rogatum totam hereditatem aut super dodrantem restituere, si modo sua sponte hereditatem adisset, etiamsi eam secundum voluntatem defuncti restituisset, id est, sine deductio-

ne quartæ, universa onera hereditaria sustinuisse, atque ita nec hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hereditatem, post senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas.

3 *Emptæ & venditæ hereditatis* ] Cum tota hereditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur: quarum ope omnia onera & commoda hereditaria ad fideicommissarium pertinebant: cum sine illis penes fiduciarium manerent.

4 *Si recusabat heres scriptus* ] Alterum hoc principale caput senatusconsulti Pegasiani fuit, ut si heres recusaret adire hereditatem, jussu Prætoris adire & restituere cogeretur, *l. 4. l. 6. §. 2.* & passim *hoc tit.* ut contumacia heredis pro aditione haberetur: & hoc casu omnes actiones in fideicommissarium transferebantur. Itaque ut dicitur in *calce hujus §.* tunc utrumque senatusconsultum concurrebat. Nam quod heres invitus cogebatur adire a Prætoris, id erat ex senatusconsulto Pegasiano: quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hereditatem, ex Trebelliano.

5, *IN HISPANIA*, si heres fiduciarius adire recusaverit, vel hereditatem repudiaverit, potestas eam ex integro capiendi fideicommissario conceditur: uti & legatariis secundi gradus, si, qui primo loco vocati erant, legatum non agnoverint, *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.* Ex quo recte colligunt Pichar. in *hoc text. num. 9.* & Gregor. Lop.

, in *gloss. r2. in fin. l. ult. tit. 5. P. 6.* cessare hodie apud nos, necessitatem coactionis, qua fiduciarius postulante fideicommissario compellebatur adire & restituere ex jure Romanorum, tanquam ineptos circuitus.

### TEXTUS.

#### Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. *Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes, & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet: id eo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit, exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur: sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto: pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fidei-*

com-

### De fideicommissariis hereditatibus.

*commissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones: & hoc transposuimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hereditatem; nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.*

### COMMENTARIUS.

I **T**ransfunditur hoc loco vis omnis senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, ut jam ex solo senatusconsulto Trebelliano restituatur hereditas. Itaque heres nunc quasi ex hoc senatusconsulto quartam vel quod quartæ deest retinere potest: ex eodem actiones pro rata communicantur: si heres adire & restituere nolit, ex hoc senatusconsulto cogitur: restituta tota hereditate, sive sponte sive jussu Prætoris, actiones omnes in fideicommissarium transeunt, nullaque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

2 *Vel quartam, vel quod deest* ] Hinc Interpretes quartam hanc dixere *Trebellianicam*. Veteribus autem nunquam alio nomine, quam Falcidiæ, appellatur, ut ostendi *supr. §. 5. nimi-*

rum quia senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalialia. Ex quo porro intelligitur, appellatione *quartæ Falcidiæ* etiam proprie hanc quartam contineri; & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expresse nulla differentia constituta est inter quartam, quam heres de sigulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommissio hereditatis, quicquid de Falcidia jure nostro cautum est, ex æquo ad utramque quartam pertinere: veluti quod Justinianus constituit, ut heres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult. §. pen. C. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expresse veterit heredem ea uti, *nov. 1. cap. 2.* Omnino enim verisimile est, Justiniano perpetuum omnium Auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent Interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero Doctorum placeat. Vide Mant. *7. de conj. ult. vol. 11. & 12. Fachin. 5. contr. 4. Gom. var. res. 5. n. 11. & 12.* ubi probat detractionem quartæ senatusconsulti expresse prohiberi posse: ob inventarium vero non confectum, heredem non amittere quartam senatusconsulti.

3 *Quamvis autem heres fiduciarius*

L 2

cia-

ciarius pro parte onus æris alieni subeat; onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare, communiter placuit. Quæ sententia, etsi Donello in *l. 2. hoc tit.* falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cum quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l. 3. §. 2. eod.* utique ex residuo doctante, quem totum heres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset heres quartam integram. Plane, si antequam restituito facta est, legatarii petant, puto heredem exceptione adjuvari non debere, cum, si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat, arg. *l. 27. §. 7. in fin. eod.* Quod si heres minus doctante restituere rogatus est, pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, *l. 1. §. pen. eod.* Ad quem casum plerique cum Gloss. etiam referunt *d. l. 2.*

4, IN HISPANIA neque necesse est, ut heres institutus cogatur, neque ut stipulationes inter ipsum & fideicommissarium intercedant, per ea quæ notavimus in §§. 2. & 6. *hoc tit. §. 2. de leg. Falc.*

## TEXTUS.

Quando supradicta locum habeant.

8. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur: an ex

parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

## COMMENTARIUS.

I SENTENTIA hujus loci satis plana est: nempe etiam institutum in aliqua parte hereditatis, quartam suæ partis retinere posse. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula: Quod juris est in toto quantum ad totum, idem juris est in parte quantum ad partem, *l. 76. de rei vind. §. si rem 12. in fin. sup. de legat.* Simile est quod *sup. §. 1. de leg. Falc.* docuit, in singulis heredibus rationem legis Falcidiae poni.

## TEXTUS.

De eo, quod heres voluntate testatoris deducit præcipitve.

9. Si quis una aliqua re deducta sive præcepta, quæ quartam continet (veluti fundo vel alia re), rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatusconsulto fiat, perinde ac si quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive præcepta aliqua re restituatur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones trans-

## De fideicommissariis hereditatibus.

transferuntur: & res quæ remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero vero casu, id est, cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem, & restituit, sciuntur actiones, & pro doctante quidem transferuntur ad fideicommissarium: pro quadrante remanent apud heredem (1). Quin etiam licet una re aliqua deducta aut præcepta, restituere aliquis hereditatem rogatus sit, in qua maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones: & secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit. Sed & si certa summa deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte heres scriptus est.

## COMMENTARIUS.

I MÆCIANUS breviter & dilucide rem totam hujus text. proponit in *l. 30. §. 3. hoc tit.* Multum interest, inquit, utrum qua pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia: nam superiore casu actio-

nes dividuntur inter heredem & fideicommissarium; posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones. Ratio in nostro text. est: quia hoc casu res retenta quasi ex legato acquiritur heredi fiduciario: ut in simili institutus in re certa, dato coherede, loco legatarii habetur, ut diximus *sup. §. 5. de hered. inst.* Huc pertinet *l. 1. §. ult. eod.* Quod si heres coactus a Præatore adierit, etiam commodo præceptionis privabitur, *l. 27. §. 14. eod.*

2 Quæ quartam continet] Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum heres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ decest, jure hereditario retinere, Gloss. & DD. hic, arg. §. 7. *hoc tit. l. 1. §. 16. eod.* Æquum autem tunc esse, ut heres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium, censet Glossa in *d. l. 1. §. ult.*

3 Si duabus pluribusve] *l. 27. §. 14. hoc tit.* Quippe non multitudo nec pretium rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit.

## TEXTUS.

De fideicommisso heredis ab intestato.

10. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam par-

(1) *L. 8. & fin. tit. II. P. 6. in fine.*

partem ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominum, pecuniam, alicui restituat (1): cum alioqui legata nisi ex testamento non valeant.

## COMMENTARIUS.

I Fideicommissum tam hereditatis, quam singulare, non solum testamento, verum etiam codicillis relinqui potest (2). Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hereditatis velit, didicimus §. 2. *supr. hoc tit.* nimirum ut directo testamento heredem instituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab herede testamentario relinqui, *l. 3. §. 2. l. 8. in pr. eod.* Ceterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit sive honorarius successor, *d. l. 3. pr. d. l. 8. §. 1.* Unde quamvis de instituto tantum herede senatus loquatur, *l. 1. §. 2. hoc tit.* tamen ad legitimum quoque, & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est, *d. l. 1. §§. 5. & 7. l. 6. §. 1. eod.*

2 *Instatus moriturus*] Dubitari potuit, an a successore legitimo aut honorario fideicommissum recte relinquatur: sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil a defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l. 9. C. de fideic.* Legitimi autem heredes aut honorarii nihil a defuncto accipiunt, sed illos lex XII. Tab. ad hereditatem vocat, hos Prætor ad

bonorum possessionem. Verum hæc dubitatio facile tolli potest. Quamvis enim in casum non ademptæ hereditatis legitimi heredes a lege, honorarii a Prætoribus vocentur, tamen cum defunctus eos testamento facto excludere potuisset, aliis heredibus institutis (salva utique portione liberis & parentibus debita), hereditatem ipsis tacite relinquere videtur, dum non adimit, quod præ jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Ulpian. significat in *l. 1. §. 6. de legat. 3.* cum ait: *Fideicommissi eorum posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur: in quam sententiam eleganter Paulus l. 8. §. 1. de jur. codic. Ideo, inquit, fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur patersam. sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere heredibus ab intestato, nisi qui testamentum facere posset, *l. 3. in pr. de jur. cod.* Estque hoc juris explorati, eos qui testamentum facere non possunt, nec codicillos posse, *l. 6. §. 3. l. 8. §. 3. de jur. cod. (3).*

3 *Legata nisi ex testamento*] Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l. 2. C. comm. de leg.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus, & legata quoque ab intestato relicta directo valere (4),

con-

(1) *L. 3. d. tit. 9. P. 6.*(2) *D. l. 3. in princ.*(3) *L. 1. tit. 12. P. 6.*(4) *D. l. 3. tit. 9. P. 6.*

contra Jo. Fabrum, Angel. & Giphan. Vide quæ diximas in §. 3. *de legat.*

## TEXTUS.

De fideicommisso relicto a fideicommissario.

11. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat. (1).*

## COMMENTARIUS.

I Non modo heres de restituenda hereditate aut parte ejus rogari potest, verum etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placet, actiones ex senatusconsulto transferri in fideicommissarium secundum, *l. 1. §. 8. hoc tit.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hereditatem, cum suspecta diceretur, recepit, totam restituere, *l. 55. §. 2. eod.* Solus autem heres beneficio legis Falcidicæ vitatur, id est, jus quartæ retinendæ habet, *l. 47. §. 1. ad leg. Falcid.* Etenim cum semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, *d. l. 55. §. 2.* Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur, *l. 78. §. 11. hoc tit.* similiter ut legatarii, a quibus fideicommissum relictum est, *l. 32.*

(1) *D. l. 3. vers. E aun.*

§. 4. *ad leg. Falc.* Plane si heres, ut priori fideicommissario donaret, jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, *l. 1. §. 19. hoc tit.*

## TEXTUS.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, & tam nomen, quam substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contententes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggestit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse nascitur, possit res manifestari; sed vel pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit: tunc sive pater heredis, sive alius quicumque sit, qui fidem heredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit: necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil.*



hil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi, vel universalis vel specialis solutionem coarctari, ne deprecat ultimam voluntas testatoris fidei heredis commissa (1). Eadem observari censuimus, & si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur (postquam negaverit), confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.

## COMMENTARIUS.

I **A**udivimus supra fideicommissorum originem nomen & substantiam a fide heredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide heredum ab initio pendebant, ita & sola religione heredum, quorum presentium fidei aliquid commissum est, nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc a Justiniano *l. ult. C. de fideic.*

2 *Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero* ] Quando testator, contempta omnia probatione scripturae vel testium, fidei solius heredis committit, ut aliquid praestet, placet Justiniano, fideicommissum ab herede praestandum, idque, sive neget heres fideicommissum a se relictum esse, & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset: sive ultro fateatur esse a

se relictum, sed dicat se non teneri, quia non solemniter relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est; alterum ex priore colligitur. Cur enim heres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam, quam quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet, *l. 38. de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommissum eum obstringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est, continetur, ideo *constitutionem suam* adversus tacitas objectiones munivit. Si quis enim forte objiciat, iniquum esse ab herede fideicommissum exigi citra ullam probationem, respondet, illud hac in re iniquum non esse, ubi heres jurejurando sibi delato, in sua causa constituitur testis & Judex, ut sit in ejus potestate non teneri, jurando se nescire quicquam relictum esse. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, *l. ult. §. ult. C. de codicill.* respondet, id justum esse, cum res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso herede, eodemque debitore exigitur.

3 *Cum prius ipse de calumniis juraverit* ] Id est, se non calumniandi seu vexandi, heredemque religione urendi animo jus-

(1) *L. 25. tit. II. P. 3. vers. Mas si.*

jurandum deferre; sed quia ita se rem habere sibi plane persuasum sit, *l. 34. §. 4. de jurejur.*

4 *Vel jusjurandum subire* ] Conditione jurisjurandi in judicio delata, regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *l. 9. C. de reb. cred.* Manifestae enim confessionis esse creditur nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. 38. de jurejur.* At in proposito ne referre quidem heres potest: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus heres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *l. II. §. 2. rer. amot.*

5 *Postquam negaverit* ] Haec verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomano, Contio, Fabroto, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit: & Jo. Faber quoque refert, se Bononiae aliquot codices vidisse, a quibus aberant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione heres in specie proposita fideicommissum obligetur, quam si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset; sed ideo posita, quia hic casus solum verbis expressus fuit.

## TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

## DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM

## RELICTIS (1).

## TEXTUS.

## Summa.

I **H**actenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hereditas aut pars hereditatis relinquuntur; quae a legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulae, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exaequatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur §. 3. *sup. de legat. & l. 2. C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *d. §. 3.*

Tom. II.

(1) *Tit. 9. P. 6.*

*Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem, & pecuniam numeratam: & vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium (2), quamvis a legatario legari non possit.*

## COMMENTARIUS.

I **H**odie differentia de qua in hoc text. sublata  
M  
quo-  
(2) *L. 3. d. tit. 9. P. 6.*

quoque est per l. 2. C. comm. de legat. & a legatario legari potest. Non obstat, quod Justinianus simpliciter scribit, a legatario legari non posse: nam præcedenti quoque titulo §. præterea 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa, ex constitutione sua emendationem recipere voluit; quamvis separatim ita tractet, quasi differentia adhuc manerent, id quod se facturum antea testatus est §. 3. sup. de legat. quo permistio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior.

## TEXTUS.

## Quæ relinquuntur.

1. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & hereditis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet aliter. Itaque & legatarius, & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquuntur (1). Cum autem aliena res per fideicommissum relinquuntur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam rem redime-

re & præstare, aut estimationem ejus solvere (2).

## COMMENTARIUS.

1. *Etiam de alia, sive ipsius* ] Legatarii scilicet qui rogatur, aut fideicommissarii primi (3): nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi vero fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, arg. §. 10. sup. de legat. & mutua exæquationis legatorum & fideicommissorum. Et generaliter ea quæ diximus de rebus quæ legari possunt in §. 4. de legat. obtinent etiam in fideicommissis.

2. *Ne plus rogetur quisquam restituere* ] (4). Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quenquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, l. 1. §. 17. ad SC. Trebell. l. 114. §. 3. de legat. 1. Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones; quæ tamen non tam exceptiones sunt, quam declarationes regulæ. Cujusmodi est, quod si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit, placet valere fideicommissum etiam ultra summam legatam, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eam excedunt, l. 70. §. 1.

§. 1. de legat. 2. Tale item est illud, quod qui acceptis centum rogatus sit rem propriam, quamvis majoris pretii, restituere, is, agnito legato, fideicommissum obstringitur: quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, d. l. 70. §. 1. in fin. (1). Item hoc, quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is eum fundum restituere sit rogatus, & centum dare, valere fideicommissum, si legatarius interim centum ex fructibus perceperit, d. l. 114. §. 3. de legat. 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius vilio-rem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, l. 94. §. 2. de legat. 1.

libertas, sed differtur, quoad possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas (2). Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit: qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat; sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

## COMMENTARIUS.

## TEXTUS.

## De libertate.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius heredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, si modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit, non statim extinguuntur fideicommissaria*

1. *Etiam libertates per fideicommissum dari possunt, & quidem largius quam directo, cum non tantum propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimitur, teste Licinio in l. 16. de fideic. libert.*

2. *Aut legatarii* ] Si legatarius rogetur ut servum suum manumittat, quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quam in pretio servi, l. 24. §. 12. de fideic. libert. quia non pluris servum

(1) D. l. 3. l. 6. in fin. tit. 9. P. 6.  
(2) L. 10. d. tit. 9. P. 6.

(3) D. l. 6. tit. 9. P. 6.

(4) Dd. ll. 3. & 6. in fine.

(1) D. l. 6. vers. E aun.

(2) D. l. 6. tit. 9. P. 6. vers.

M 2  
E aun cum 2. seqq.

vum suum æstimasse videtur, l. 36. ad leg. Falc. (1).

3 Aut etiam extranei ] l. 6. C. de fideic. libert. Cæterum legatarius alienum servum manumittere rogatus, non alias erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex iudicio defuncti consecutus est, d. l. 24. §. 12. (2).

4 Non statim extinguitur libertas ] Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur; sed exspectanda est emendi opportunitas, d. l. 6. C. de fideic. libert. (3); æquidem æstimatio hic præstari non potest, ut in casu §. præced. in fin.

5 Ejus qui manumittit ] Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, a quo manumissus est, l. 7. C. de fideic. libert. Cæterum hic manumissor jus patronatus in eo tantum acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impositas ab eo petere, l. 29. de bon. libert.

6 Ipsius testatoris ] Directa libertas ipso jure statim ab adita hereditate competit, l. 25. ff. de man. test. l. 32. §. ult. de test. tut. Itaque is, qui directo testamento liber esse jubetur, testatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam libertus Orcinus appellatur, quasi Orci libertus, aut ejus, qui ad Orcum

demissus est: Acheronticus a Cuijacio: eadem forma, qua Orcini Senatores, quorum in Augusto cap. 35. meminit Suetonius. Orcinorum libertorum crebra in libris nostris mentio est. Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante herede vel legatario rogato manumittere, ad libertatem perducuntur; quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, l. 30. §. 12. l. 49. de fideic. libert. l. 5. qui sine man. Igitur Orcini cum eum patronum habeant, qui esse desiit, non male dicuntur liberti nullius esse, l. 4. in pr. de bon. libert. Legimus tamen Orcinos ad familiam testatoris pertinere, l. 3. §. 3. de legit. tut. libertos familiaræ fieri, l. 48. de manum. test. liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, l. un. §. 7. C. de Latin. lib. toll. Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto habuisse. Porro hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, qua directo & per fideicommissum data exæquata sunt, l. 2. C. comm. de leg. retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus, qui a testatore rogatus est manumittere, non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes Interpretes paucis exceptis.

7 Quo faceret testamentum & quo

(3) D. l. 6. tit. 9. P. 6. vers. E si.

(1) D. l. 6. vers. E aun.

(2) D. l. 6. vers. Pero.

quo moretetur ] Hoc item traditur in l. 35. de man. test. Neque obscuram rationem habet. Nam cum alieno servo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest propter regulam Cætonianam: & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est, vindicare libertatem nequit.

### TEXTUS.

#### De verbis fideicommissorum.

3. Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur: Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: quæ perinde singula firma sunt, atque si

omnia in unum congesta essent (1).

### COMMENTARIUS.

I DE verbis fideicommissi nunc laborandum non est, postquam Justinianus omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, l. 2. comm. de leg. Sæpe etiam, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cum verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis, si sola expectantur, exempla in l. 17. in pr. l. 29. ad SC. Trebel. l. 64. l. 69. de legat. 2. l. 11. §. 4. l. ult. §. 3. de legat. 3. Consulatur Mant. lib. 7. & 8. de conj. ult. vol. D. Tuld. comm. in tit. præc. cap. 3.

## APPENDIX

### JURIS HISPANI.

#### DE MAJORATIBUS.

1. Quid sit majoratus: & quod hodie sine Regis licentia non conditur.
2. Origo majoratus.
3. Majoratus sunt veluti quædam fideicommissorum species.
4. Varia majoratum genera.
5. Majoratus veræ, & fictæ agnationis exponuntur.
6. De majoratibus masculinitatis, femineitatis, & electionis.
7. De majoratibus alternativæ naturæ, & saltuario.
8. De majoratu secundogenituræ.
9. Nonnullæ majoratum species proprio nomine carent; & ad quam singulæ pertineant, re-missivæ.

(1) L. 2. tit. 12. P. 6. vers. Orosi cum seqq.

Hæ-

10. Hispaniarum Regnum verus majoratus est, & cæterorum caput.
11. Majoratus individuus est: & quid si duo ita nascantur, ut quisnam primogenitus sit ignoretur.
12. Successio majoratum perpetua est: & quando & quomodo res majoratus alienari possunt.
13. In majoratibus quatuor consideranda, linea, gradus, sexus, & ætas.
14. Ad majoratus tantum admittuntur filii legitimi; & quinam dicantur legitimi: & quomodo legitimati n. 15.
16. Recensentur remissive aliæ successionis lineæ excogitate ab Interpp. præter rectam & transversam.
17. Proximitas in majoratibus consideranda est respectu ultimi possessoris.
18. Non succeditur ultimo possessori jure hereditario, sed jure sanguinis.
19. Mortuo possessore transit ipso jure possessio in successorem.
20. Impensæ & augmenta facta in rebus majoratus, majoratum cedunt.
21. Quibus modis probetur majoratus.
22. Omnes juris regulæ cedunt voluntati Conditoris.
23. De majoratibus incompatilibus, & nn. 24. 25. 26. & 27.
28. De modis constituendi majoratus, remissive.

I, IN HISPANIA notissimæ sunt quædam veluti fi-

, deicommissorum species, quas Primogenia seu Majoratus, & vernaculo idiomate Mayorazgos, leges & Auctores nostri appellant, de quibus tit. 7. lib. 5. Recop. ex professo agitur. Hos majoratus Romanorum jura non agnoverunt; cæterum quia apud nostrates frequentissimi sunt, eorum tractationem minime præmittendam duximus; sed brevi calamo, prout instituti nostri ratio postulat, excutiedam. Majoratus itaque est: Jus succedendi in bonis ea lege relictiis, ut in familia integra perpetuo conserventur, proximoque cuique primogenito ordine successivo deferantur, definitore celeberrimo Molina lib. 1. de primog. Hispan. cap. 1. n. 22. ubi docet, hanc definitionem non labefactari ex eo quod alii, qui majoratus inveniuntur, in quibus non filius primogenitus, sed secundogenitus succedit. Item quod aliqui non sint perpetui, sed temporales: quia hi succedendi modi vel non sunt majoratus, vel sunt majoratus improprii: & insuper definitio tradenda sit secundum naturam, substantiam, & consuetudine receptum succedendi ordinem, quin imperfecta reddatur ex eo, quod ex accidenti & raro quandoque quid diversum dispositum inveniatur: quod in jure infrequens non est; atque idcirco Javolen. dixit in l. 202. de div. reg. jur. omnem definitionem in jure periculosam esse. Olim ut conderetur majoratus necessaria non erat Principi-

, pis facultas, ut probat idem Molin. ibid. n. 25. Sed hodie necessaria est post constitutionem emanatam anno 1789. quajubetur, ut nequeant in futurum majoratus condi, neque rerum immobilium alienationes in perpetuum prohiberi absque Regis licentia concedenda consulente Concilio, quod Camara appellamus, causa cognita super iis quæ in laudata constitutione recensentur. Quæ constitutio, ut ipsamet exprimit, locum habet tam in majoratibus qui conditione solebant per aggregationem meliorationis tertii & quinti, quam in eis quos constituere volunt illi quibus heredes necessarij non sunt. Et postmodum alia constitutio prodiit anno proxime elapso 1795. in qua habemus validam esse majoratus institutionem factam in testamento dicta constitutione anni 1789. vetustiore, licet testator post eam decesserit, ita tamen, ut non aliter valor illius sustineatur, quam si primo vocatus solverit 15. pro 100. æstimationis bonorum majoratus assignatorum, in extinctione Scedularum Regiarum (Vales Reales). Quæ obligatio solvendi 15. pro 100. servanda quoque sit in majoratibus qui in futurum constituentur, obtenta scilicet Regis licentia, juxta præscriptum ipsius constitutionis anni 1789.

2. Majoratum originem ab instituto divino derivari, tradit idem Molina d. lib. 1. cap. 2. ex eo quod cap. 25. Genesis mentio fiat venditionis juris primogenituræ, quam Esau fecit fratri suo Jacob. Et rursus cap. 27. dicatur, Isaac filio suo Jacob benedictionem & primogenituræ jus concessisse. Quam ipsam originem probat l. 2. tit. 15. P. 2. plurima in honorem primogenitorum referens. Hæc tamen intellige cum eodem Molina de jure primogenituræ simpliciter sumpto. Nam quod Hispanorum primogenia plurimum a legis veteris primogeniis sint diversa, ambigi non potest, ut ipse probat d. lib. 1. cap. 1. Et si de horum Hispanorum primogeniorum seu majoratum origine contracte & in specie sit sermo, ab ipso Hispaniæ Regno, ejusque succedendi ordine derivatur, idem Molina d. lib. 1. cap. 2. a n. 7.

3. De his autem Hispanorum majoratibus diximus supra, esse veluti quasdam fideicommissorum species, quod adeo Hispanis Jurisconsultis placet, ut fere omnes censeant, illos nihil aliud esse, quam fideicommissa perpetuo familiæ relicta, in quibus proximus quisque ex familia succedere debet, cæterisque ex gradus prærogativa, & disponentis voluntate præferri: de quibus tractant Molina in l. omnia 32. §. 6. de legat. 2. & Papinianus in l. peto 69. §. 3. cod. nisi quod in majoratibus non debent simul succedere omnes in eodem gradu existentes, prout in laudatis fideicommissis, sed primogenitus tantum, servata sexus prærogativa, ut masculus fe-

, minæ præferatur. Hinc Auctores nostri possessorem majoratus fideicommissario passim æquiparant, & leges de fideicommissis loquentes majoratibus accommodant: licet nonnullæ aliæ differentię noscantur, ut ex dicendis apparebit.

4, Majoratus late sumpti, quatenus improprios etiam complectuntur, in multiplici sunt differentia: nam alii dicuntur regulares, irregulares alteri; & hi in plures dividuntur species. Regulares appellantur illi: *In quibus succeditur secundum præscriptum in successione hujus Regni ordinem, qui traditur in l. 2. tit. 15. P. 2.* Et ex contrario irregulares dicimus eos: *Qui in forma modo & ordine successionis deviant a forma & modo stabilito in successione hujus Regni in d. l. 2.* Majoratum irregularium species præcipuas novem enumerat Rox. *Almans. de incompatib. disp. 1. quæst. 1. n. 3.* primam nimirum agnationis veræ: 2. agnationis fictæ: 3. masculinitatis nudæ: 4. femineitatis: 5. electionis: 6. alternativæ naturæ: 7. majoratus saltuarii: 8. secundogenituræ: & 9. majoratus incompatibilis. Horum autem omnium notiones ut tirones habeant, operæ pretium duximus, breviter recensere.

5, Majoratus itaque agnationis veræ sive rigorosæ est ille: *Ad cujus successionem solum admittuntur masculi per virilem sexum a familia Conditorum, provenientes nulla mediante fe-*

*mina. Fictæ seu artificialis agnationis ille est: Ad cujus successionem vocat primo Conditor aliquem virum sibi cognatum, aut forte extraneum, vel feminam aliquam; & post eum eamve jubet, ut solum succedant filii, & descendentes masculi, & ex masculis prædicti cognati, aut femina, quos primo vocavit.* Dicitur hoc casu ficta seu artificialis agnatio, quia Conditor hujus generis majoratum constituens, agnationem propriam, quæ vere non est, fingit & vocat. Videmus namque ab eis institui solere, qui cum agnatos viros non habeant, volunt agnationem fictitiam facere, & per modum fictum eam conservare delatione sui cognominis: quod exemplis legitimisationis per curiæ oblationem, & adoptionum illustrat laudatus Roxas *d. quæst. 1. §. 4. n. 103.* ubi simul docet, quandoque etiam constitui ab illis, qui veram, quam habent agnationem vocant, & hac extincta fictum, de quo luculentum affert exemplum in *senat. 5. tit. 7. lib. 5. Recop.* quo hujus Regni successio in hunc modum immutata est anno 1713.

6, Masculinitatis puræ, nudæ sive simplicis, appellatur majoratus ille: *Ad cujus successionem admittuntur duntaxat ut masculi Conditoris consanguinei, sive ex masculis sive ex feminis veniant.* Femineitatis dicitur ille: *Ad cujus successionem solum admittuntur femina: vel saltem præferuntur*

*, masculis.* Hujus tres species inferiores enumerat idem Rox. *ubi supr. a n. 150.* Majoratum electionis illum dicimus: *In quo possessores ipsius majoratus facultatem habent sibi a Conditorum re datam eligendi in successorem filium, vel consanguineum suum, quem ipsis libuerit, dummodo extantibus Conditoris consanguineis ex eorum sit numero.* Non est enim adeo absoluta & libera possessoris voluntas, ut in præjudicium Conditoris consanguineorum, extraneos huic eligere queat, ut *n. 159.* tradit ipse Roxas referens ex Aquila casum, in quo ita fuit decisum in quodam majoratu *de los Ibarras.*

7, Sexta majoratus irregularis species dicitur majoratus alternativa naturæ, qui ille est: *Ad cujus successionem vocat Conditor unum possessorem unius lineæ, durante vita ejus, & ea extincta alterum ex alia lineâ, jubens, ut sic deinceps in successione alternative procedatur.* Majoratum saltuarium illum Auctores appellant: *In quo nulla primogeniti, nec ejus lineæ habetur ratio, sed sola prærogativa majoris ætatis attenditur inter omnes ex Conditoris agnatione, ita ut decedente ultimo possessore, ille succedat, qui ex tota agnatione Conditoris major ætate sit, licet ex liberis ultimi possessoris non fuerit, eis extantibus, nec illi proximior.* Appellatur saltuarium, quia ejus successio non derivatur per lineas, ut in *Tom. II.*

, cæteris contingit, sed saltat de linea in lineam. Dicitur etiam *majoratus facti*, quia in ejus successione factum duntaxat majoris ætatis quaeritur.

8, Secundogenituræ propriæ majoratus est ille: *Ad cujus successionem semper sunt vocati filii secundogeniti ordine successivo.* Horum usus rarus admodum. Dicimus *secundogenituræ propriæ*, ad excludendos majoratus illos, qui ab initio in filio secundogenito conditi sunt, sed ea lege, ut post ejus obitum liberi ipsius ordine primogenituræ succedant. Isti enim, quamvis *secundogenituræ improprie* nonnunquam dicantur, proprius tamen primogenituræ sunt, cum ordo succedendi perpetuus, qui præcipue in majoratibus attenditur, primogenituræ sit. Eorum usus non ita infrequens, cum plures sint causas, quæ illorum institutionem suadent, Rox. *ubi supr. n. 215.* Majoratus denique incompatibilis est: *Qui non patitur possideri ab habente alium majoratum, vel saltem alium ejusdem qualitatis, quorum amborum præcepta nequit unus & idem possessor adimplere.* Hujus irregularitatis solum est ex capite incompatibilitatis, quia nihil impedit, quominus quoad cætera regularis sit.

9, Hæ sunt præcipuæ majoratum species; quæ propriis nominibus ab Interpret. distinguuntur; aliæ autem minores, quæ proprio carent nomine, pene infinitæ sunt, & totidem

, quidem, quot sunt modi voca-  
tionum & successionum, qui in  
unaquaque linea & clausula ap-  
poni queunt. Quare non male  
hic quadrat, quod in simili di-  
xit Cajus *l. 1. de oblig. & act.*  
quasdam obligationes ex nomi-  
natis fontibus sive causis nasci,  
quasdam vero *ex variis causa-*  
*rum figuris*. Ad quam speciem  
majoratus pertineant, longa tra-  
ctatio est plurimos continens  
difficiles casus, & instituti no-  
stri metas multum excedens; ad-  
eundi de ea re, qui de majo-  
ratibus ex professo agunt, Mo-  
lina, Torre, aliique, & præ-  
cipue laudatus Roxas, qui *tota*  
*quæst. 1. disp. 1.* frequentiores  
casus late examinat. Nos in so-  
lis fere regulis principalioribus  
majoratum regularium expo-  
nendis contenti erimus, pauca  
sane de specialibus tradentes.

10, Sit igitur prima regula:  
Hispaniarum Regnum verus ma-  
joratus est, & caput cætero-  
rum majoratum, qui tanquam  
membra ab eo descendunt &  
derivantur, rationemque suc-  
cedendi accipiunt; adeo ut in  
dubio majoratus regularis cen-  
seatur, *l. 13. tit. 7. lib. 5. Re-*  
*cop. & si de succedendi ordine*  
in Hispaniæ majoratibus conten-  
datur, ea lis secundum leges  
ad successionem Regni institu-  
tas decidenda sit, Molina *d.*  
*lib. 1. de primog. Hisp. cap. 2.*  
*n. 16. & seqq. & cap. 3. Ro-*  
*xas Almans. disp. 1. quæst. 1.*  
*a n. 5.* Per has autem leges non  
intelligas *senatusc. 5. tit. 7. lib. 5.*  
*Recop. de quo supr. n. 5. vers.*

, *Majoratus itaque*: quia muta-  
tio in eo stabilita solum Regni  
successionem respicit; & ma-  
joratus regularibus exemplo  
non est.

11, II. regula: Majoratus ex  
propria natura individui sunt;  
tum quia Regnum ipsum, quod  
est omnium majoratum Hispa-  
norum caput, individuum est,  
*d. l. 2. tit. 15. P. 2.* tum etiam  
quia finis majoratum præci-  
puus est, ut dignitas & memo-  
ria familiæ conserventur, quæ  
ut & ipsa patrimonialia, divisio-  
ne destruuntur. Quæ regula et-  
iam quoad exercitium, admini-  
strationem, ac commoditatem  
majoratus obtinet. Cum enim  
in eis jure primogenituræ suc-  
cedendum sit, quæcunque di-  
visio repugnat, Molin. *d. lib. 1.*  
*de primog. Hisp. cap. 11.* Ca-  
sum tamen rarissimum excipe  
cum eodem Molin. *lib. 3. cap. 1.*  
*a num. 19.* quo duo masculi,  
vel duæ feminæ, non extantibus  
masculis, ita eodem partu na-  
scerentur, ut quisnam primo-  
genitus esset, penitus ignora-  
retur: quo casu majoratus, &  
cætera, quæ ratione primoge-  
nituræ tribuuntur, dividenda es-  
sent ex *l. 12. tit. 33. P. 7.* Vi-  
de Anton. Gom. in *l. 40. Taur.*  
*num. 68.* ubi & alias opiniones  
refellit.

12, III. regula: Successio  
majoratus perpetua est in omni-  
bus, qui ex familia Conditoris  
processerint. Unde quamvis ma-  
joratum instituens ad successio-  
nem ejus filium suum primoge-  
nitum & hujus descendentes in-

vi-

, vitaverit, nec alias vocationes  
cæterorum filiorum suorum fe-  
cerit, non proinde censendus  
est voluisse majoratum ad so-  
lum filium, in cujus persona in-  
stitutus, ejusve descendentes  
pertinere, ut his deficientibus  
bona libera maneant; sed po-  
tius alios quoque liberos in per-  
petuum vocasse intelligitur. Qui-  
nimo & ex solo verbo *Majora-*  
*tus* deducuntur omnes substitu-  
tiones, quæ ad ejus perpetuita-  
tem in familia Conditoris indu-  
cendam necessariæ sunt. Ratio-  
nes eadem, quæ superioris re-  
gulæ, Molin. *d. lib. 1. cap. 4.*  
*Gom. d. l. 40. num. 64.* & alii  
communiter. Hinc bona majo-  
ratus ex propria natura inalie-  
nabilia sunt. Princeps tamen fa-  
cultatem ea alienandi concede-  
re potest, & solet, si publica  
causa, vel ipsius majoratus ne-  
cessitas aut utilitas intervenerit.  
Causa publica illa est: *Quæ pu-*  
*blicam utilitatem directo respi-*  
*cit.* Necessitas vero vel utilitas  
majoratus adest, quando res, in  
quibus consistit, perituræ cito  
sunt nisi reficiantur, vel occa-  
sio sese offerat eas in eviden-  
tem majoratus utilitatem permu-  
tandi. Hæc facultas non conce-  
ditur nisi causa cognita, & ci-  
tato prius ipsius majoratus pri-  
mo successore, Molin. *lib. 4.*  
*cap. 3.* qui ulterius recte docet  
*d. lib. 4. cap. 7. num. 4. & seqq.*  
non aliter hanc facultatem exe-  
cutioni mandari posse, quam  
deficientibus bonis liberis, etiam  
si id in concessione facultatis  
non exprimat. Ex hac regula

, fuit, majoratus bona non pos-  
se usucapi seu præscribi. Hoc  
tamen intellige de præscriptio-  
ne ordinaria 10. vel 20. anno-  
rum: præscriptio vero longissi-  
mi temporis 30. vel 40. anno-  
rum admittenda erit contra i-  
psum majoratus possessorem; sed  
ita ut successoribus impeditis  
agere non noceat, ut cum com-  
muni docet Molina *d. lib. 4.*  
*cap. 10.* ubi & nonnullas limi-  
tationes non contemnendas ad-  
ducit. Anton. Gom. in *l. 40.*  
*Taur. n. 90.* etiam præscriptio-  
nem longissimi temporis rejicien-  
dam censet. Illud vero apud  
omnes est in confesso, præscri-  
ptioni, quæ hominum memoriam  
excedat, omnino esse locum:  
cum tanti temporis lapsu Regia  
facultas & omnia ad id neces-  
saria præsumantur, iidem Mo-  
lin. & Gom. *ubi supr.* Gregor.  
Lop. *gloss. 3. in fin. l. 10. tit. 26.*  
*P. 4.* ubi addit, hanc præscri-  
ptionem habere vim privilegii seu  
juris constituti ex *l. hoc jure 3.*  
*§. ductus 4. de aq. quot. & est.*

13, IV. regula: In majorati-  
bus quatuor attendenda sunt, quæ  
plurimum commendat Molin.  
*lib. 3. cap. 4. nn. 13. & 14.* in-  
quiens, esse mente tenenda.  
Primo nempe, considerandam  
esse lineam, ut illi, qui ex li-  
nea ultimi possessoris procedunt,  
preferantur aliis, nec fiat trans-  
itus ad alias lineas, donec ex  
illa descendentes supersint. Se-  
cundo, considerandum esse gra-  
dum, ut qui sunt possessori ma-  
gis conjuncti preferantur cæteris.  
Tertio, considerandum esse se-

N 2

, xum

, xum, ut inter eos, qui sunt  
 , ejusdem lineæ & gradus, mascu-  
 , lus præferatur feminae. Femina  
 , autem melioris lineæ & gradus  
 , non intelligitur exclusa a mascu-  
 , lis alterius lineæ remotioribus;  
 , imo & his præfertur, & vocata  
 , censetur, maxime post *l. 13. tit. 7. lib. 5. Recop.* quæ in ma-  
 , joribus, qui post eam sint con-  
 , diti, non aliter vult excludi fe-  
 , minas, quam si expresse Con-  
 , ditor id statuerit, omnibus o-  
 , minino conjecturis, quæ in con-  
 , trarium adduci possent, reje-  
 , ctis. Quarto denique, conside-  
 , randam ætatem, ut inter pa-  
 , res lineæ, gradu & sexu, natu-  
 , major minori præferatur. Sed ad  
 , veram secundæ considerationis  
 , intelligentiam animadvertere o-  
 , portet, in majoribus semper  
 , locum esse representationi, ne-  
 , dum quando successio in lineâ  
 , recta continuat, verum etiam  
 , quando ad eos, qui in transver-  
 , sa sunt, migrat. Unde semper  
 , filius occupat locum & gradum  
 , parentum suorum, qui antequam  
 , successerint, defecerunt, quam-  
 , vis nondum condito majoratu  
 , mortem obierint, nisi aliter a  
 , Conditoribus fuisset cautum verbis  
 , claris & distinctis, quin præsum-  
 , ptiones, argumenta seu conje-  
 , cturæ sufficiant, etsi ex clario-  
 , ribus & evidentioribus fuerint,  
 , *l. 5. l. ult. tit. 7. lib. 5. Recop.*  
 , Sed animadvertendam est, *hanc*  
 , *legem ultimam*, quæ omnes præ-  
 , sumptiones & conjecturas rejicit,  
 , dentaxat de majoribus, qui  
 , post eam fuerint conditi, lo-  
 , cutam fuisse.

14, V. regula: Si lineâ primo-  
 , geniti extinguitur, transitus fit  
 , ad lineam secundogeniti, & sic  
 , deinceps, *Mol. lib. 3. c. 6. n. 30.*  
 , & *seq.* & qui in lineâ recta pos-  
 , sessoris sunt, præferuntur cæ-  
 , teris, *d. l. 2. tit. 15. P. 2.* opus  
 , tamen est ad hanc prælationem,  
 , ut liberi possessoris legitimi sint;  
 , si enim naturales tantum fuerint  
 , ad successionem non admitten-  
 , tur, etiamsi majoratus Conditor  
 , filios simpliciter ad successionem  
 , vocasset, non addens *legitimos*:  
 , quia ubicunque de honore fi-  
 , liorum agitur, nunquam filiorum  
 , appellatione filii naturales com-  
 , prehendantur, *Gregor. Lop. in*  
 , *gloss. 10. quæst. 8. v.* Et quod,  
 , *d. l. 2. Molin. lib. 3. cap. 3. n. 45.*  
 , Filii autem legitimi nedum dicun-  
 , tur illi, qui ex vero matrimonio  
 , sunt nati; sed etiam illi, qui ex  
 , putativo, eo nimirum, quod in  
 , facie Ecclesiæ contractum est a  
 , parentibus, quorum unus sal-  
 , tem bona fide ignorabat impedi-  
 , mentum, quo a contrahendo ar-  
 , cebantur, *l. 1. tit. 13. P. 4.* quod  
 , recte ampliat *Mol. d. lib. 3. c. 1.*  
 , *n. 15.* ut procedat etiam quando  
 , Conditor dixit, ut non nisi fi-  
 , liis ex legitimo matrimonio natis  
 , majoratus deferatur.

15, VI. regula: Filius natu-  
 , ralis per subsequens matrimo-  
 , nium legitimatus ad successio-  
 , nem majoratus admittitur, & vo-  
 , catus intelligitur a tempore, quo  
 , pater & mater ejus matrimo-  
 , nium contraxerint. Unde si pa-  
 , ter ante hoc matrimonium aliud  
 , cum alia celebrasset, ex eoque  
 , filium suscepisset, iste primo-  
 , ge-

, genitus censebitur, & legitimo  
 , præferetur. Cum enim in hoc  
 , legitimo radicatum jam fuerit per  
 , nativitatem ipsius jus primoge-  
 , nituræ, iniquum esset, illum  
 , privare eo jure ex spe proba-  
 , bili atque considerabili sibi ac-  
 , quisito: neque retrotractio legi-  
 , timationis admittenda est in præ-  
 , judicium legitime nati, *Molin.*  
 , *lib. 3. cap. 1. num. 7.* & late  
 , *Gom. in l. 9. Taur. num. 63.*  
 , cum 2. *seqq.* ubi & plures lau-  
 , dat. Si autem filius legitimatus  
 , fuerit per rescriptum Principis,  
 , eum a successione excludent o-  
 , mnes legitimi cognati, qui de fa-  
 , milia conditoris sint, seu ab eo  
 , descendunt: de quo vide *Hermen.*  
 , *de Rox. part. 1. cap. 6. §. 6. Mo-*  
 , *lin. lib. 1. cap. 4. n. 44.* & *lib. 3.*  
 , *cap. 3.* ubi late hunc articulum  
 , examinant. Filius denique adrogä-  
 , tus seu adoptivus in totum exclu-  
 , ditur, idem *Rox. d. part. 1. §. 10.*

16, Quamvis autem præter  
 , notissimas successionum lineas  
 , rectam & transversam, aliæ ab  
 , Interpretibus excogitæ sint,  
 , propriisque nominibus donatæ;  
 , nimirum actualis sive effectiva,  
 , habitualis, paterna, materna,  
 , contentiva, substantiæ, qualita-  
 , tis, simplicis masculinitatis, fe-  
 , mineitatis, & electiva seu ele-  
 , ctionis, quas late exponit *Her-*  
 , *men. de Rox. part. 1. cap. 6.*  
 , *§. 1.* eas tamen excutere operæ  
 , pretium non duximus: quia præ-  
 , terquam quod earum notitia plus  
 , confusionis, quam utilitatis af-  
 , fert, vix ullus ex ea decidi po-  
 , terit casus, cui regulæ, quas tra-  
 , dimus, non sufficiant.

17, VII. regula: Proximitas,  
 , cujus ratione in majoratibus suc-  
 , ceditur, non est consideranda  
 , respectu Conditoris, sed ultimi  
 , possessoris, *d. l. 2. tit. 15. P. 2.*  
 , *Lopez gloss. 18. ejusdem legis*  
 , *in fine,* & apertius *l. 9. tit. 1.*  
 , *d. P. ibi: O alguno de los otros,*  
 , *que son mas propincos parientes*  
 , *a los Reyes al tiempo de su fi-*  
 , *namiento.* Quare utilius erit esse  
 , proximiorum ultimo possessori,  
 , quam majoratus Conditori. Hæc  
 , regula locum sibi vindicat, non  
 , solum quando adsunt ultimi pos-  
 , sessoris descendentes, sed etiam  
 , quando ad laterales successio  
 , transvehitur: non tamen eo ca-  
 , su, quo proximior ultimo pos-  
 , sessori non fuerit Conditoris co-  
 , gnatus, cum majoratus successio  
 , ad solos Conditoris cognatos  
 , pertineat, *Molin. d. lib. 3. cap. 9.*  
 , *n. 2.*

18, VIII. regula: In majora-  
 , tibus non succeditur ultimo pos-  
 , sessori jure hereditario, sed ju-  
 , re sanguinis, *d. l. 2. ibi: Da*  
 , *quier que el señorío ovieron por*  
 , *linage, e mayormente en Espa-*  
 , *ña, l. 9. tit. 7. d. P. 2. ibi: Por*  
 , *razon de linage.* Hinc filio de-  
 , functi primogenito majoratus de-  
 , fertur, quamvis ab eo exhere-  
 , datus fuerit. Dicimus *ultimo pos-*  
 , *essori succeditur*: quia si ras-  
 , pectum Institutoris agatur, dicen-  
 , dum est, tam primum majora-  
 , tus successorem, quam succes-  
 , sores reliquos Institutori succe-  
 , dere jure hereditario, cum ex  
 , voluntate ejus majoratum ca-  
 , piant, *Molin. d. lib. 1. cap. 8.*  
 , *n. 10.* Unde majoratus possessor

, one-

, onera seu debita ab Instructore , contracta teneri solvere , non autem quæ anteriores possessores contraxere : nisi majoratus , Instructor ea postquam majoratus irrevocabilis sit effectus , contraxerit ; vel ab iis , qui possessorem præcesserunt in majoratus utilitatem sint facta : quibus duobus casibus contracta a prædecessoribus solvet , & a contractis ab Instructore erit immunis , Molin. *d. lib. 1. cap. 10. per totum* , Gom. in *l. 40. Taur. num. 72.*

19 , IX. regula : Mortuo possessore sive detentore majoratus , transit ipso jure seu ministerio legis in successorem utraque possessio civilis & naturalis rerum omnium ad majoratum spectantium , absque ullo apprehensionis actu , quamvis alius quisquam vivente antecessore possessionem ceperit , vel ipse antecessor eam illi tradiderit , *l. 8. tit. 7. lib. 5. Recop.* quæ eadem est cum famosa *l. Tauri 45.* Et cum hæc possessionis translatio fiat sola legis dispositione , quin ullum successoris factum desideretur , *civilissima* ab Interpretibus dicitur , & locum quoque habebit etsi majoratus successor fuerit ignorans , infans , furiosus vel mente captus ; imo & in ventre , Molin. *lib. 3. cap. 12. num. 24.* Gom. in *d. l. 45. num. 112.* Mier. *de major. 3. part. quest. 2.* Et etiam in majoratibus , qui sine Regis facultate constituti sunt ante *constit. an. 1789.* cum proprii majoratus sint , ut bene porbant Mol. *lib. 1. cap. 1. a n. 25.* & Covar. *lib. 3. var. cap. 5. n. 5.* contra

, Anton. Gom. in *d. l. 45. n. 116.* Sed & ea translatio possessionis , nedum in possessione rerum corporalium , sed etiam in incorporalium sive jurium , quasi possessione procedit , idem Molin. *d. cap. 12. num. 23.* quod ex ipsis verbis legis evincitur , dum de omnibus rebus majoratus loquuntur , ibi : *O de otra qualquior calidad que sean.*

20 , X. regula : Quæcunque impensæ vel augmenta , sive necessario sive utiliter facta in rebus majoratus , ita majoratui cedunt , ut qui in eo successerit nullam æstimationis partem teneatur solvere uxori ejus qui fecit , ratione medietatis lucrorum constante matrimonio quæsitorem , nec ejusdem filiis heredibus aut successoribus , arg. *l. 6. tit. 7. lib. 5. Recop.* quæ eadem est cum *l. 46. Tauri.* Quamvis enim hæc lex duntaxat loquatur de arcibus , moeniis & ædificiis , quæ in rebus majoratus fiant vel reficiantur , recte eam extendendam censent ad res cæteras majoratus Azevedo in *d. l. 6. n. 2.* Garc. *de expens. cap. 13. n. 45.* Molin. *lib. 1. cap. 26. n. 15.* & seq. quæ sententia hodie recepta est , & optima fulcitur ratione late explicata ab iisdem DD. licet aliud alii senserint. Hæc regula obtinebit quoque in majoratibus absque Regis licentia conditis , ut de superiori diximus *vers. prox.* & tradunt DD. ibi laudati , cum eadem ratio utrobique vigeat. Quando autem & quomodo teneatur successor in majoratu solvere cre-

, ditioribus debita ab antecessore , contracta pro construendis seu reficiendis ædificiis ad majoratum pertinentibus , tractat idem Molin. *d. lib. 1. cap. 10. a n. 16. 21* , XI. regula : Majoratus , tribus probatur modis. Primo , per scripturam , qua fuit conditus , cum scriptura simul licentia Regis. Secundo per testes , qui scripturis amissis , de eorum tenore juxta legum præscripta deponant. Et tertio per immemoriam consuetudinem , qua constat , bona semper secundum majoratus regulas fuisse possessa ; ad quam probandam illi duntaxat testes sunt idonei , qui bonæ sint famæ , & asserant , se per 40. annos ita vidisse ; & a suis majoribus & antiquis audivisse , quod ipsi quoque semper ita viderint & audiverint , nec unquam viderint nec audiverint contrarium ; & insuper deponant hanc esse famam publicam , & communem loci illius incolarum opinionem , *l. 1. tit. 7. lib. 5. Recop.* quæ eadem cum *l. 41. Tauri.* Licet autem lex tantum tres memoratos probationi modos recenseat , existimant tamen DD. posse etiam probari majoratum per testes deponentes de ipso actu seu constitutione majoratus , aliisque modis , etsi nulla scriptura intervenerit , autumantes laudatos modos non per taxationem , sed in exemplum in lege referri , late Molin. *lib. 2. cap. 8.* Gom. in *d. l. 41. n. 2.* Limitat vero idem Molin. *ibid. n. 6.* hanc opinionem , ut non procedat ,

, quando in testamento in scriptis majoratus ordinatur , vel licentia Regis conditus dicatur , quibus casibus , qui sane sunt frequentissimi , scriptura necessaria est ad constitutionem , Azevedo in *d. l. 1. n. 7.* Unde licet alias majoratus sine scriptura fieri possint , fatetur tamen ipse Molina *n. 9.* id raro , aut nunquam contigisse , ubi cautionem , quæ dum hoc evenerit adhibenda est , tradit. Cum autem *d. l. 1.* in scripturis , quibus majoratus probatur , tantum exigat , ut fidem faciant , ibi : *Siendo tales las dichas escrituras , que hagan fe ;* non erit necesse , ut publicæ sint , sed sufficienti privatæ : quandoquidem hæc fidem ferre valent , *l. 17. C. de fide instrum.* Molin. *ubi supr. n. 10.* & seq.

22 , XII. regula : In majoratus causa omnes juris regulæ violentati Conditoris cedunt , *l. 5. l. ult. tit. 7. lib. 5. Recop.* Permissum est itaque majoratum instituenti quascunque conditiones , possibiles , & honestas apponere , atque ita successores ad eorum implementum adstringere , ut his non impletis majoratum amittant , quod apud omnes indubitatum dicit Molin. *lib. 2. cap. 12. n. 34.* qui simul eodem *cap.* late examinat , quando leges a Conditoribus adjectæ conditiones sunt , & quando modi , Regulæ hactenus traditæ majoratibus regularibus accommodantur , & prima elementa sunt in hoc argumento ; sed & plurimum irregularibus quadrant , si

, nem-



, nempe singularia excipias , per  
 , quæ a regularibus deviant : nam  
 , in cæteris & ipsi regulares sunt.  
 , Sic in majoratu femineitatis , so-  
 , la regula , quæ masculinum præ-  
 , fert feminæ , silet ; cæteræ ob-  
 , tinent.

23 , Quia vero majoratum  
 , incompatibilium natura nimis  
 , modicam ex *supra* tradita eo-  
 , rum definitione lucem capit,  
 , paulo amplius discutienda est.  
 , Majoratum incompatibilitas in  
 , genere, nihil aliud est, quam:  
 , *Quædam prohibitio impediens a-*  
 , *puđ eundem possessorem concur-*  
 , *sum plurium majoratum in per-*  
 , *petuum.* Ejus species plures sunt,  
 , primo enim, vel est a lege, vel  
 , ab homine : secundo, alia est  
 , expressa, alia tacita : tertio, a-  
 , lia est personalis, realis seu li-  
 , nealis alia : quarto, alia est ab-  
 , soluta, altera respectiva : & de-  
 , nique, alia est ad acquirendum,  
 , altera ad retinendum. Incompa-  
 , tibilitas a lege ea est : *Quæ a*  
 , *lege descendit*, 7. nempe *tit. 7.*  
 , *lib. 5. Recop.* qua sancitum est,  
 , ut si ex causa matrimonii duo  
 , majoratus concurrant, quorum  
 , alter habeat *dos cuentos de ren-*  
 , *ta en cada un año*, hoc est,  
 , 58823. reales, y 18. mara-  
 , vedises, vel 5347. ducados,  
 , 6. reales, y 18. maravidises,  
 , ut exponit Hermen. de Rox. *de*  
 , *incompat. part. 8. cap. 1.* divi-  
 , di debeant in filios, data pri-  
 , mogenito optione, ut quem vo-  
 , luerit eligat, altero ad secun-  
 , degenitum, & eo deficiente ad  
 , filiam transituro. Si vero ex eo  
 , matrimonio unas tantummodo fi-

, lius extiterit, retinebit utrum-  
 , que, partitione in liberos ejus-  
 , dem derivata. An autem *d. l. 7.*  
 , producenda sit ad casum, quo  
 , majoratus jungantur non ob cau-  
 , sam matrimonii, sed successio-  
 , nis, difficilis quæstio est plures  
 , habens utrinque patronos, & la-  
 , te examinata ab Herm. de Rox.  
 , *d. part. 8. cap. 1. a n. 26.* &  
 , ab altero Rox. *disp. 3. quæst. 2.*  
 , *a n. 5.* ubi veriorum esse pro-  
 , bat sententiam negantium; & a  
 , n. 10. explicat, etiam de his  
 , majoratibus dici quod ob cau-  
 , sam matrimonii junguntur, qui  
 , post illud jam contractum viro  
 , & uxori deferuntur. Hanc ta-  
 , men legalem incompatibilitatem  
 , usus non servat, Rox. *Almans.*  
 , *d. disp. 3. quæst. 9. n. 14. &*  
 , *seqq.* Incompatibilitas ab homi-  
 , ne dicitur illa : *Quæ a Condito-*  
 , *ris voluntate descendit.*

24 , Expressa incompatibili-  
 , tas illa est : *Quæ verbis legis*  
 , *vel Conditoris exprimitur*, ut  
 , illa legalis sancita in *d. l. 7.*  
 , Tacita : *Quæ cum verbis non ex-*  
 , *primatur, ex conditionibus aut*  
 , *gravaminibus in majoratus in-*  
 , *stitutione appositis deducitur.*  
 , Sic majoratus conditionem ha-  
 , bens ferendi cognomen, aut ar-  
 , ma Conditoris per se sola, aut  
 , sine aliorum mistura, incom-  
 , patibilis erit cum alio quocun-  
 , que, cui conditio deferendi ar-  
 , ma sui Conditoris inest ; cum  
 , impossibile sit, eundem deferre  
 , sola arma unius Conditoris, &  
 , simul alterius, Herm. de Rox.  
 , *part. 1. cap. 1. a n. 39.*

25 , Personalis incompatibili-  
 , tas

, tas ea est : *Quæ solam perso-*  
 , *nam possidentem unum majora-*  
 , *tum arcet a jure possidendi a-*  
 , *lium, eodem jure in primoge-*  
 , *nitum possidentis derivato.* Rea-  
 , lis seu linealis est : *Quæ & per-*  
 , *sonam possidentem unum major-*  
 , *ratum, & totam ejus lineam*  
 , *arcet a jure possidendi alium,*  
 , *eodem jure in fratrem possiden-*  
 , *tis secundogenitum, vel ejusdem*  
 , *lineam derivato.* An autem in-  
 , compatibilitas personalis, vel  
 , realis sit, ex verbis institutionis  
 , majoratus dignoscendum ; & in  
 , dubio potius præsumenda realis,  
 , quam personalis, ut late probat  
 , Rox. *Almans. disp. 1. quæst. 4.*  
 , *a n. 17. qui a n. 32.* discrimen  
 , assignat cur cæteræ incompati-  
 , bilitates, officiorum puta Rei-  
 , pub. Beneficiorum & Dignita-  
 , tum, personales sint, & non  
 , reales.

26 , Absoluta incompatibili-  
 , tas ea est : *Quæ prohibet quomi-*  
 , *nus possessor alicujus majoratus*  
 , *alium quemcunque obtineat.* Re-  
 , spectiva est : *Quæ tantum pro-*  
 , *hibet quominus possessor alicu-*  
 , *jus majoratus alium vel alios*  
 , *determinatos, & in specie pos-*  
 , *sideat, salva facultate possi-*  
 , *dendi cæteros.*

27 , Incompatibilitas ad ac-  
 , quirendum est illa : *Qua pos-*

, *essor alicujus majoratus prohi-*  
 , *bitus est alium quoquo modo*  
 , *acquirere.* Unde ea stante, se-  
 , cundus majoratus, qui juxta le-  
 , gem suæ institutionis deferretur  
 , eidem possessori, eo prætermis-  
 , so, alteri proximiori, qui se-  
 , quitur, deferretur. Incompatibili-  
 , tas ad retinendum illa est : *Qua*  
 , *possessor alicujus majoratus pro-*  
 , *hibetur secundum majoratum suo-*  
 , *bi delatum simul cum priore*  
 , *retinere.* Itaque hoc casu secun-  
 , dus majoratus vere deferretur pos-  
 , sidenti primum, si ex lege in-  
 , stitutionis proximior successor  
 , defuncti est ; atque in eum pos-  
 , sessio naturalis & civilis trans-  
 , fertur ministerio *d. l. 8. tit. 7.*  
 , *lib. 5. Recop.* & solum tenetur al-  
 , terutrum dimittere intra tempus,  
 , quod ultra duos menses non pro-  
 , trahendum. Hujus est generis in-  
 , compatibilitas legalis statuta *d.*  
 , *l. 7. eod. Rox. Almans. disp. 1.*  
 , *quæst. 3. a n. 46.* & præcipue  
 , *n. 54. & disp. 2. quæst. 10.*  
 , *n. 29.*

28 , De modis instituendi ma-  
 , joratus, & an ab ipso Condi-  
 , tore valeant revocari, idem  
 , quod de meliorationibus dixi-  
 , mus in *Append. de legit. port.*  
 , *liber. & paren. & de meliorat.*  
 , *num. 4.* dicendum est, *l. 4.*  
 , *eod.*

## TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

## DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. Tit. 7. Cod. Lib. 6. Tit. 36. (1).

**V**ideri alicui poterit disputatio de codicillis non recte subjecta tractationi de successione ex testamento: quippe cum, si codicilli tantum facti sint, succedatur ab intestato. Verum Justiniano, ut apparet, propositum hic maxime fuit agere de codicillis a testato factis, qui pars sunt testamenti, ejusque jus sequuntur. Sed & codicilli ab intestato facti speciem quandam testamenti exhibent, l. 16. hoc tit. Codicilli dicti sunt parvi codices (2), id est, tabellæ ex codicibus aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juven. satyr. 10. v. 236.

....Nam codice sævo

Heredes vetat esse suos: bona tota feruntur.

Ad Phialen.

quia testamentum in codicibus tantum scribebatur, sive tabulis grandioribus: ita voluntas suprema minus solemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, l. 38. de cond. & dem. l. 14. C. de testam. quamvis aliud placuerit Cajo in l. 148. de verb. sign. propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est,

(1) Tit. 12. P. 6.

(2) L. 1. d. tit. 12. P. 6.

tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quo cuique commodum esset, circumferri atque in sinu gestari possent. Est igitur codicillus, deminutivum, a codice: quanquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, l. 13. C. de sacrosanct. Eccles. l. ult. §. ult. C. de codic. quemadmodum heredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundum tabulas, licet tabulæ nullæ sint, l. 2. C. de bon. poss. sec. tab. Codicilli igitur sunt: *Supremæ voluntatis testatio minus solemnis, non in hoc comparata, ut testamentum sit, l. 1. l. 13. §. 1. hoc tit.* Eorumque, ut & testamenti, duo sunt genera: scripti, in quibus voluntas scribitur; & non scripti, in quibus nuncupatur (3).

## TEXTUS.

## Origo.

*Ante Augusti tempora constat, codicillorum jus in usu non fuisse: sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa esse ceperunt, codi-*

(3) D. l. 1. vers. E puede ser.

*dicillos introduxit. Nam cum de cederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum D. Augustus voluntatem ejus implexset, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti, fideicommissa præstabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quesisse, an posset recipi hoc, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suasisse Augusto, quod diceret, utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent; ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.*

## COMMENTARIUS.

**I** *Lentulus, ex cujus persona etiam fideicom.* Quod ait, a persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum cœpisse, non sic accipiendum est, quasi primus hic Lentulus fidei heredis aliquid commiserit, aut primus fecerit codicillos: sed quod ille primus occasionem præbuit, ut fideicommissa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata esse cœperint, iisque heredes obligari:

tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, recepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti potuerint.

**2** *Testamento confirmatos*] Testamento scilicet, quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo scripsisset, se ab heredibus suis petere, ut si quid postea codicillis relicturus esset, id bona fide præstarent. Exemplum testamenti, quo futuri codicilli confirmantur, est apud Marcel. l. ult. de fideic. libert.

**3** *Quibus ab Augusto*] Indicio hoc est, Augustum testamento Lentuli heredem institutum fuisse saltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua heredem scriberent,

**4** *Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat*] Non quia relicta incapacibus, sed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem juris non habebant. Et præcedentia arguunt, legata hic positam pro fideicommissa.

**5** *Convocasse sapientes viros*] Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi outavit: sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum, censerentne illi, posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti; tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent ejus moris comprobandi; exemplo suo

docens, nihil novi juris sine consilio prudentum, ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud Ulpiani: *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet*, l. 2. de const. Prine.

6 *Ubi si quis testamentum facere non posset*] Propter civium Romanorum, qui ad testamentum necessarii erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti Jurisconsultus in l. 8. §. 2. hoc tit. nam testamenti factio loco alligata non est, DD. comm. in l. 1. C. de sacros. Eccles. Cæterum & illud palam est, eum, qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, l. 6. §. 3. d. l. 8. §. 2. hoc tit. (1).

7 *Cum & Labeo*] Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & a Trebatio institutus est, auctore Pomp. in l. 2. §. 47. de orig. jur.

### TEXTUS.

#### Causa efficiens.

1. *Non tantum autem testamentum factio potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest* (2). *Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali voluntate postea confirmentur. Sed Divi Severus, & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præce-*

(1) D. l. 1. tit. 12. P. 6. vers. E puede lo.

*dunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.*

### COMMENTARIUS.

I **C**odicilli & ab intestato confici possunt, & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit, sive legitimus sive honorarius, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, l. 3. l. 8. in pr. & §. 1. l. ab intestato 16. hoc tit. (3). Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituta sit, ut testamentum esset: quod eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum, ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit, ut testamentum esset. Neque enim ad validitatem actus civilis sufficit forma, si agentis deest intentio, ut bene D. Tuld. hic cap. 2. Itaque si quis, verbi causa, codicillis scripserit, hanc voluntatem suam esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil a legitimo peti poterit, l. 1. l. 13. §. 1. hoc tit. l. propen. qui testam. fac. poss. nisi adjecerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit, valere saltem vice codicillorum;

(2) L. 3. tit. 9. P. 6.

(3) D. l. 3.

rum; quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur: aut valere quacunq[ue] ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, d. l. propen. qui testam. fac. l. ult. §. 1. hoc tit. de cujus clausulæ vi ac potestate; & an clausula codicillaris a testatore omisa, quibusdam casibus subintelligi debeat; denique an præsumendum sit, ex stilo & consuetudine Notarii eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris, vide Mantic. de conject. ult. vol. lib. 1. tit. 9. & 19. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. fere per tot.

2 Testamento autem condito codicilli, quocumque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, l. 3. §. ult. d. l. 16. hoc tit. denique infirmato testamento & codicilli concidunt, l. 1. C. eod. d. l. 3. §. ult.

3 *Ante testamentum*] Meminit tantam codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum, cum quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex l. 7. & l. seq. §. ult. l. 18. hoc tit. l. 6. l. ult. C. eod. Sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam, patet ex l. 3. §. ult. hoc tit.

4 *Quam si speciali postea voluntate*] Papinianus existimabat, codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicilli confirmarentur, aut prior voluntas quocumque judicio retineretur, l. 5. hoc tit. motus, ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos a se factos testamentum facit, mutat causam successionis, transiens a causa intestati ad causam testati: quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi heredem ab intestato.

5 *Divi Severus, & Antoninus rescripserunt*] Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expressa saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur: ut jam mutatae voluntatis probatio incumbat heredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret: atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

6 *Si appareat eum &c. non recessisse*] Hoc omnino sic accipiendum est cum D. Tuld. cap. ult. hic, ac si scriptum esset: *Nisi appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse.* Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest, quid

quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cum ipsi Papiniano suffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocunque iudicio retentam probari, ut bene disputat Anton. Faber 15. conj. 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in l. 30. de jur. dot. l. 24. §. 8. de fideicom. libert. l. 8. §. 2. de novat. neque enim semper aequae accurate Auctores juris loquuntur.

## TEXTUS.

## Materia.

2. *Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest; ne confundatur jus testamentorum & codicillorum: & ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adicere, neque substituere directo quis potest (1).*

## COMMENTARIUS.

I **U**T cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel a testato, licet testamento non confirmatis, relinquere possint, maxime novo jure post exactionem legatorum & fideicommissorum; hereditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, l. 10.

(1) L. 2. d. tit. 12. P. 6.

*hoc tit. l. 2. C. eod. l. 76. ad SC. Treb. & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis heredem facere possit, l. 36. de test. mil. Datur enim hereditas per institutionem heredis aut substitutionem directam; quod solius testamenti proprium est. Non obstant species propositæ in l. 77. de her. inst. l. 10. de cond. inst. illic enim non proponitur hereditas data aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis declaratur aut purificatur. Hoc autem posito, hereditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel ex lege sunt heredes, l. pen. §. 1. de cond. inst. l. 2. C. hoc tit. l. 4. C. de his quib. ut indig. & ideo liberi codicillis frustra exheredantur, fac. l. 14. C. de test.*

2. *Ne confundatur jus testamentorum* ] Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos, qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in d. l. 10. *hoc tit.* Nimirum si hereditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum, & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset? Col-

le-

## De codicillis.

lectio est Constantini in l. 7. C. *hoc tit.*

3. *Directo autem hereditas &c. nam per fideicommissum* ] Quod toties traditum est, *hereditatem codicillis nec dari nec adimi posse*, sic accipitur, ut directo non possit dari, puta herede codicillis instituto aut substituto, d. l. 7. C. *hoc tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est, aut lege debita, l. 4. C. *de his quib. ut indig.* Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hereditas jure relinquitur, l. 2. C. *hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hereditas restitui rogatur; adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc heres maneat, manet tamen nomine tantum, effectu autem is heres fit, cui hereditas restituitur. Multum vero interest, utrum dicamus, codicillis directo hereditatem relinquere posse, an per fideicommissum dentaxat: nam directo relicta semper tota capitur ab instituto; relicta per fideicommissum non capitur a fideicommissario, nisi imminuta detractioe quartæ Falcidiæ (1), si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum heres manet. Porro cum confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus in l. 2. §. ult. *hoc tit.* hereditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hereditatem confirmari; sed tantum ex fideicommissio peti salva ratione le-

gis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hereditatem codicillis neque dari, neque confirmari posse, l. pen. §. 1. C. *de nec. sero. her. inst.*

4. *Nec conditionem adicere* ] Heredi pure instituto conditio codicillis adici non potest, l. 6. *in pr. hoc tit.* quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur, l. 27. §. ult. *de cond. inst.* Quod si codicillis adicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrudere, cum hoc casu pure hereditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

5. *Neque substituere directo* ] Nam qui directo substituit, in defectum prioris heredis alium heredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, l. 1. *de vulg. & pup.* Plane interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum trahitur benigna interpretatione, l. 76. *ad SC. Treb.* In universum autem si constet, aliquem, qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet, perindeque haberi, ac si legitimus heres rogatus esset scripto in codicillis hereditatem restituere, l. 13. §. 1. *hoc tit.*

(1) D. l. 2. tit. 12. P. 6. in fin.

## TEXTUS.

## Numerus &amp; solemnitas.

3. *Codicillos autem etiam plures quis facere potest : & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

## COMMENTARIUS.

**N**otantur hic & aliæ differentiæ inter testamentum & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, §. *pen. supr. de test. ord.* Nam cum unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimam testatoris voluntatem servari placet, prius semper per posterius rumpatur, necesse est, §. 2. *supr. quib. mod. test. inf.* Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, l. 6. §. 1. *hoc tit.* nec quicquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, l. 3. *C. eod.* (1).

2 *Nullam solemnitatem ordinationis* Existimo, hoc e veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumptum, qui ante Theodosium vixit, & forte ex Marciano d. l. 6. §. 1. *hoc tit.* Nam

Theod. quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est, uno actionis contextu, coram iis negotium absolvatur, & si in scriptis fiant, etiam testium subscriptionem desiderat, l. *ult. §. ult. C. hoc tit.* Quæ sane declarant, codicillos nunc non omnino esse sine solemnibus & subtilitate ordinationis.

3 Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit? Vulgo placet posse, propterea quod non uti in testamento, ita in codicillis expresse prohibita est testimonium dicere, Gloss. & DD. comm. in d. l. *ult. §. ult. Cod. hoc tit.* Cæterum mihi non fit verisimile, ullos actus solemnes adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuisse: & Theodosius non qualitate & sexu, sed numero tantum testes codicillarios a testamentariis distinguit (2). Revide ad ea, quæ scripsi ad §. *testes 6. supr. de test. ord.*

4, **I**N HISPANIA, si codicilli nuncupative fiant, eadem solemnitas, quæ in testamentis nuncupativis, requiritur, ut expresse sancitum est l. 2. *tit. 4. lib. 5. Recop.* Si autem in scriptis condantur, quinque testes, qui subscribant, adesse debent, Greg. Lopez in l. 3. *tit. 12. P. 6. gloss. 2. Gomez, in l. 3. Taur. n. 69.*

## FINIS LIBRI SECUNDI.

(1) L. 3. d. tit. 12. P. 6.

(2) L. 2. eod.



INSTITUTIONUM  
ROMANO-HISPANARUM  
LIBER III.

## TITULUS PRIMUS.

## DE HEREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO

## DEFERUNTUR.

*Dig. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 55. & 58. Nov. 118. (1).*



**D**ecursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem. Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis propositis §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. adq.* eum primo explicandum suscepit, per quem hereditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hereditate ex judicio defuncti acquirenda hæcenus solum tractavit, cujus semper prior & potior causa est, l. 39. *de adq. vel om. her. l. 89. de div. reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hereditate legitima seu ea, quæ lege ab inte-

Tom. II.

(1) *Tit. 6. lib. 3. For. Reg. tit. 13. P. 6. tit. 8. lib. 5. Recop.*

stato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hereditates, quæ ab intestato deferuntur, eadem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hereditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hereditas dici possit lege obvenire, l. 130. *de verb. sign.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur a lege, & a lege sola absque voluntate defuncti; cum testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam a testatore confirmet, d. l. 130. Hinc etiam heredes legitimi, & testamentarii opponuntur, *tot. tit. de suis & legit. her. & passim.*

P

Quia

2. Quia vero in prioribus huj. libri tit. vix aliquid traditur quod non sit prorsus obsoletum & abolitum, vel in præcedentib. libris satis jam opportune expositum: idcirco argumentum uniuscujusque tituli leviter attingemus, omissis textibus, utpote longis, inutilibus & fastidio plenis.

3. Quis dicatur intestatus traditur in pr. hujus tit. nempe: Qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres extiterit. Lex XII. Tab. angustissimis terminis successiones intestatorum conclusit, duos tantummodo personarum ordines vocans, suorum scilicet heredum, & agnatorum. Voluit quippe ut intestatorum hereditates penes familiam defuncti manerent. Qui sint

sui heredes vidimus in §. 2. de hered. qual. & dif. qui vero agnati in §. 1. de leg. agn. tut. Postmodum hæ successiones ampliatæ Principum constitutionibus, senatusconsultis Tertylliano & Orficiiano, & a Præatore introductis bonorum possessionibus. Et tandem plenissima succedendi ratio a Justiniano stabilita est in novell. 118. quam accurate exponemus tit. 5. hujus lib. cætera autem antiquiora jura brevi calamo percurremus, quia & abolita, & obscuritatibus, crebrisque mutationibus ita involuta, ut plus confusionis quam utilitatis eas perscrutantibus afferant.

4. IN HISPANIA, si heres institutus non extiterit heres, testamentum deseritur quo ad institutionem duntaxat: cætera firma manent, l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.

## TITULUS SECUNDUS.

### DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 58.

NON extantibus suis heredibus, lex XII. Tab. agnatos ad successionem intestatorum vocabat, & quidem proximiores, §. 1. hoc tit. Ulp. in frag. tit. 26. ibi: At si intestatus moritur, cui nec suus heres extabit, agnatus proximus familiam habeto. Proximus dicitur:

Cui nemo antecedit, postremus seu ultimus: Quem nemo sequitur, etiamsi solus sit, l. proximus 92. l. proximi 155. de verb. sign. quare qui solus occurrit proximus est & postremus, ut dixit Ulp. in l. 2. §. 4. de suis & legit. hered.

TI-

## TITULUS TERTIUS.

### DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. C. Lib. 6. Tit. 56. (1).

PRIMUM D. Claudius, deinde senat. Tertyllianum plenius, & tandem Justinianus quibusdam casibus, legitimam liberorum hereditatem matri detulit, §§. 1. 2. & 4. hoc tit. ad quam lex XII. Tab. eam non vocabat: quia nec suus heres, nec agnata est suis liberis.

## TITULUS QUARTUS.

### DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. C. Lib. 6. Tit. 57. (2).

SENATUSCONSULTUM Orficiianum filiiis successionem matris intestatæ dedit, princ. hoc tit. quam ex lege XII. Tab. non habebant: quia neque sui heredes, neque agnati ei sunt.

## TITULUS QUINTUS.

### DE SUCCESSIONE COGNATORUM (3).

QUIA lex XII. Tab. ut sup. vidimus, duos tantum ordines succedentium ab intestato fecit, suorum scilicet heredum & agnatorum, palam est nullos cognatos admisisse. Cæterum Prætor æquitate motus sanguinis amorem, quo homines trahimur, considerans, tertium ordinem addidit, & cognatos vocavit. Et tandem Justinianus eos plenissime simul cum agnatis vocare voluit, ut mox ostendimus.

(1) L. 4. tit. 13. P. 6. l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.

(2) L. 3. tit. 13. P. 6. l. 1.

P<sub>2</sub>  
tit. 8. lib. 5. Recop.

(3) L. 6. tit. 13. P. 6.

Ra-

## Ratio succedendi ab intestato ex jure novissimo.

1 **Q**uemadmodum fundamentum successionis antiquæ fuit conservatio gentium, ita Justinianus naturæ secutus simplicitatem, eos ad successionem vocavit *novell.* 118. quos defunctus quam maxime dilexisse censetur: id quod & aliis gentibus placuisse novimus, Grot. de *J. B. & P. lib. 2. cap. 7. §. 3.* Cum itaque jam pridem observasset Philosophi, magis adfici causam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum est, id ei quasi proprium esse præter causam autem gignentem & genitum, magnum inesse momentum eidem sanguini & eidem radici, Arist. *Ethic. ad Nicom. lib. 8. cap. 12.* consequi videbatur, ut successio primum DESCENDERET: si quo descenderet non esset, ASCENDERET: si nec ascendere posset, ad LATUS divergeret, *novell.* 118. præf.

2 Anniadvertendum autem est in initio hujus tractationis, omnem ab intestato successionem aut esse in capita, aut in stirpes. In capita succedi dicitur: *Cum in tot partes hereditas dividitur, quot sunt capita sive personæ quæ succedunt.* In stirpes: *Cum pro numero stirpium secatur, ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram.* Capita sunt: *Personæ unius aut plurium stirpium.* Stir-

pes: *Generum origines:* veluti filius est stirps nepotum, nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure, & ex sua persona veniunt: in stirpes cum veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus in cujus jus & locum successerunt.

## De successione liberorum.

1 **S**uccedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissime fecit *nov.* 118. Primus est descendendum sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, solosque admitti ad hereditatem parentum intestato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive feminae, sive ex masculis, sive ex feminis descendunt; & sive suæ sint potestatis, sive sub potestate; primi sive inferiorum graduum, adscendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. nov.* 118. *cap. 1.* Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac successione suis sic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio Prætoris. Etsi nihilominus ad acquirendam hereditatem, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex feminis descendunt, ut bene doctissimus Vigl. in §. 5. *supr. de exher. liber.* Deinde sic admitti; ut etiam patri, in cujus potestate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur; quod

et-

etiam expresse *d. cap. 1.* cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit: vivos quidem liberos primi gradus obstare nepotibus ex se natis in successione avi; illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere, & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis heredibus, §. 6. *Inst. de her. quæ ab intest.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius locus non sit edicto de *conjungendis cum emanc. lib. arg. d. cap. 1.* quod & D. Gadelinus *lib. 2. de jur. nov. cap. 13.* post D. Wesemb. in *par. ad istud editum*, recte observavit: ut ut id negent Cujac. ad *hanc nov.* & Hotomanus ad *calcem tit. de her. quæ ab intest.*

2 Duo tantum sunt casus, quibus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis partis bonorum (quæ ex hereditate materna ad filios emancipatos pervenerunt), *l. 3. C. de bon. matern.* conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili ususfructus eorum, *nov.* 53. *cap. ult. novell.* 117. *cap. 5. auth.* Præterea unde *vir & ux.* de quo pluscula D. Tuld. *comm. de her. quæ ab intest. cap. 14.*

3 Modus succedendi in hoc ordine talis est. Nepotes sive soli sint, diversarum tamen stirpium, sive cum thiis suis concur-

rant, succedunt in stirpes: quoniam jure repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit, nec ne, *d. cap. 1.* quod repræsentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores, per §. *ult. Inst. de her. quæ ab intest.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritum, ut æqualiter hereditas inter eos dividatur, *d. cap. 1.* facit §. 6. & *d. §. ult. de her. quæ ab intest.* Sciendum autem est, Justinianum *toto d. cap. 1. nov.* 118: loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam exæquati sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *d. tit. nov.* 74. & 89.

4 Illegitimi, si spurii seu vulgo quæsitii fuerint, matri succedunt non tantum cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, *l. pen. C. de senat. Orfic.* Inter patrem vero & spurios jus successionis non est. Naturales autem ex concubina nati admittuntur, una cum legitimis, ad matris etiam illustris successionem, *d. l. pen.* & patri succedunt in duas uncias una cum matre dividendas, nisi ille liberis legitimis, seu uxorem reliquerit: quo casu alimentis contentos esse oportet, *nov.* 89. *cap. 12.* unde *auth.* Licet *C. de nat. liber.* Ex incesto aut damnato legibus coi-

tu.

tu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent, *d. novell. 89. cap. ult. novell. 74. cap. ult. auth.* Ex complexu *C. de incest. nupt.* Quem rigorem mitigavit jus canonicum, *cap. cum haberet 5. de eo qui duxit in uxorem quam polluit per adult.* Vide Palæot. *de noth. & spur. cap. 41. cum seqq.* In successione adoptivorum sequendum quod constitutum est in *l. pen. C. de adopt.*

### De successione parentum.

I Secundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hereditatem vocantur hoc modo. Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. nov. 118. cap. 2.* Et si quidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet representatio, *d. cap. 2. auth.* Defuncto *C. ad SC. Tert.* sin. ex diversa, tanquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. cap. 2.* Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenit, a paterna linea, an a materna, per *d. cap. 2. vers. si autem.* Dicimus tanquam in stirpes, quia si proprie loquamur, hæc successio in stirpes non est, cum in ea non succedatur jure representationis: licebit illam commodius appella-

re in *lineas* cum Voët in *rom. ad Pand. tractat. de success. ab intest.* quam subjicit *tit. ad senat. Tertyll. num. 4. & 11.*

2 Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hereditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec ususfructus portionis fratribus delatæ, parentibus quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. cap. 2. vers. si vero.* Postea cum parentibus, & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *nov. 127. cap. 1. auth.* Cessante *C. de leg. her.* Nepotes ex fratre non idem juris habent, neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini tantum cum matre admittuntur, per *d. cap. 2. auth.* Defuncto *C. ad SC. Tertyll.* ubi DD. Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. nov. 127.* succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum; de adoptivis ex jure veteri & *l. pen. C. de adopt.*

### De successione lateralium.

I Tertius ordo collateralium habet, qui omnes ex *d. nov. 118. cap. 3.* veniunt remoto discrimine sexus, agnationis, cognationisve. Hos inter, primum lo-

locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure representationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset; iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis præferendus fuisset, *d. cap. 3. auth.* Itaque *C. comm. de succes.*

2 Illud non satis expeditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vide apud Forster. *8. de success. ab intest. cap. 3.* Fachin. *6. contr. 3.* Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia; præterea quod juri veteri, & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §. 4. *Inst. de leg. agn. succes. l. 2. §. 2. de suis & legit. l. pen. & ult. §. 3. C. de leg. her. nec ostendi potest, Justinianum quicquam, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum jure representationis vocari, atque ex eo sic argumentantur: Qui jure representationis succedunt, illi non aliter succedere possunt quam in stirpes, cum non amplius pos-*

sint accipere, quam is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, §. 6. *Inst. de her. quæ ab intest.* At filii fratrum succedunt jure representationis, *d. cap. 3. nov. 118.* Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse istius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiatur, hoc est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. cap. 3.* duntaxat jus representationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patris aut avunculis suis, ut ab his tanquam proximioribus non excludantur; vel quando adsunt patris seu avunculi defuncti, ut hos excludant. Vide Fachin. *d. loco.*

3 Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patris, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæc duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendantium nunquam proximitas spectatur, *d. §. 6. & §. ult. de her. quæ ab intest.* in linea collateralis perpetuo & sola, *pr. Inst. de leg. agnat. succes. & in pr. de succes. cogn. l. 3. C. de legit. hered.*

4 Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *d. nov. 118. cap. 3. auth.* Post fratres *C. de legit. hered.*



5 Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividunt, *nov. 84. cap. 3. in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est: *Quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios*; alterum: *Quod jus representationis in hoc ordine, fratrum filii terminant.*

6 In successione illegitimarum, fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec aliis per patrem conjunctis succedunt: contra vero illegitimi ex eadem matre nati, quamvis ex diversis patribus, & sibi invicem, & per matrem conjunctis, & hi vicissim illis succedunt, *l. 2. un. cogn. §. 4. hoc tit.*

### De successione in bonis reservationi obnoxiiis.

1 Quia sæpe accidit, ut mortuo uno conjuge liberis relictis, alter qui superest, secundum contrahat matrimonium ex eoque alios suscipiat liberos; quo casu in hujus successione singularia observantur, operæ pretium est hanc excutere successione. Et primum monendum sumus, aliam esse causam bonorum quæ conjux, qui supervixit, habuit a conjuge præmortuo, vel

ab aliquo ex liberis prioris matrimonii; aliam eorum, quæ eidem aliunde obvenerunt. Horum successio nihil speciale habet, sed regulis generalibus regitur: tota singularitas bona primi generis respicit, in cujus explicationem casus, qui usuveniunt, percurrere oportebit.

2 Itaque si bona ista, quæ ad conjugem, qui supervixerat, pervenerunt, profecta fuere a conjuge præmortuo, titulo quovis, etiam antenuptiali donatione seu sponsalitia largitate; vel ab altero e filiis primi matrimonii titulo successionis ab intestato, dividenda erunt æqualiter inter solos liberos ejusdem matrimonii, penitus exclusis eis, qui ex secundo matrimonio sunt nati, *l. femina 3. & toto fere tit. C. de secund. nupt. novell. 22. cap. 23. Gom. in l. 15. Taur. num. 3.* Id ipsum necessario servabitur in successione testamentaria conjugis, qui supervixit; tenetur etenim iste ea reservare filiis matrimonii prioris, & ita ut ipsi permissum non sit partem eorum aliquam aliis relinquere, vel ullam inæqualitatem inter liberos prioris matrimonii inducere, sed ad omnes ex æquo ea perventura sunt, *authent. Lucrum C. eod. licet aliud olim observabatur, per d. l. 3.*

3 Si ab uno ex liberis bona profecta sint non titulo successionis ab intestato, sed alio ex voluntate ipsius, testamento putantur, erant quoque olim eidem reservationi obnoxia, *d. l. 3.* postea tamen ab hoc jure recessum est, bo-

### De successione cognatorum.

bonaque ista ita acquiruntur parenti, ac si ab extraneo ipsi obvenerint, *nov. 22. cap. 46. unde auth. Ex testamento C. eod.* ubi & ratio additur, quia nimirum mater succedit ex testamento filiis suis, tanquam institutus quilibet. Et quamvis ex hac ratione idem dicendum videatur de bonis profectis a præmortuo conjuge; contrarium tamen censet Ant. Gom. in *l. 15. Taur. num. 2.* inquit, hanc sententiam esse de mente omnium DD. Ratio ipsi est, quia cum jus novum duntaxat loquatur de bonis profectis a filio, producendum non est ad ea, quæ a conjuge proveniunt, quæ utique facilius reservationi subjicienda, propterea quod conjux secundas contrahens nuptias memoriæ præmortui injuriam videtur facere. Qua forte de causa, ex bonis profectis a filio, ea duntaxat reservanda sunt, quæ filius habuerat a parente defuncto, seu ejusdem contemplatione: non alia, *d. authent. Ex testamento, ibi: Quæ paterna substantia, Gomez d. num. 2.*

4 Cum reservationis necessitas favore liberorum prioris matrimonii inducta sit, facile patet, eam locum non habere, si nulli extiterint; vel prorsus evanescere, si omnes ante parentem mortem obierint. Quare parens, qui extantibus liberis fructuarius duntaxat est bonorum horum, præmortuis eis proprietarius fit, liberamque alienandi potestatem consequitur. Quinimo & alienatio antea facta interim sustinebitur, ut existentibus liberis post

Tom. II.

mortem alienantis revocetur, vel defunctis firmetur, idem Gom. *ubi supr. n. 5. cum comm.* Cesabit etiam reservatio, si conjux præmortuus superstiti concessisset licentiam secundas contrahendi nuptias, vel is eas contraxerit consentientibus & volentibus liberis, ut probat ipse Gom. *n. 6.*

### Ratio succedendi ab intestato ex jure Hispano.

1. *Generalia de triplici succedendi ordine.*
2. *In primo ordine quinam præferendi.*
3. *De filiis naturalibus & spuriiis, & quis dicatur naturalis.*
4. *De adoptivis.*
5. *Explicatur secundus succedendi ordo.*
6. *In tertio ordine quinam præferantur; & quando facienda distinctio bonorum.*
7. *Quid quando defuncto non extant fratres.*
8. *De successione illegitimi.*
9. *De successione legitimi quantum reliquit cognatos naturales, accuratissime.*
10. *Tertium succedendi ordinem quartus gradus terminat: & quis eo deficiente succedat.*
11. *De successione peregrinantis.*
12. *Intestatorum bona cognatis tradenda, quin ullum inventarium a Judice fieri valeat: & de impensis in eorum funeribus faciendis.*
13. *De successione ejus qui commissarium ad testandum reliquit, remissive.*

## 14. De reservationibus, remissive.

I<sup>n</sup> HISPANIA eosdem tres ordines succedentium, ab intestato agnoscimus, quos modo retulimus ex jure Justiniano novissimo, videlicet, *ascendentium, descendantium & venientium ex latere*, l. 2. tit. 13. P. 6. strictius tamen concludentes; nunquam enim apud nos concurrunt venientes ex latere cum ascendentibus: neque hi cum descendantibus; sed semper quicumque descendens toti secundo ordini præferitur, l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop. & quilibet ex hoc toti tertio, l. 4. eod. quæ corrigit l. 4. d. tit. 13. P. 6. vocantem una cum defuncti parentibus ejusdem fratres.

2, Sola excipitur defuncti uxor, bona quibus honeste vivere possit non habens, quæ cum ejusdem defuncti liberis concurrunt quartam bonorum defuncti partem auferens: quæ quarta 100. librarum auri valoris non excedet, l. 7. d. tit. 13. Hæc autem quarta pars, quæ originem ducit ex *novv.* 53. cap. ult. & 117. cap. 5. unde *auth.* Præterea C. unde vir & ux. quarum meminimus *supr.* pag. 5. n. 2. ut monet Gregor. Lop. in *glos.* 1. d. l. 7. ex omnibus defuncti bonis deducenda: quia debitum legale est, cuius solutioni bona mariti adstricta sunt: unde uxori debetur, etsi maritus fuerit testatus, nisi hic ita fuerit dives, ut illi relinquens minus quarta parte,

satis ea haberet unde vivere honeste posset, d. l. 7. ibi: *que si non dextare a tal muger en, que pudiere bien, e honestamente bevir*, & ibi Lop. *glos.* 4. Nec leges posteriores Recop. ei quidquam derogant, quia nihil in præjudicium creditorum, quarum est uxor respectu hujus quartæ, constituunt. Erit vero hæc quarta reservationi obnoxia, secundum ea quæ nuper diximus, pag. 120. & seq. Lop. in *glos.* 9. d. l. quod in jure Romano expressum est in *laud. auth.* Præterea. Vide, si placet, eundem Lopez in *singulis glos.* d. l. 7. ubi plures quæstiunculas, quæ occurrere possunt examinât; & quas nostrum institutum percurrere non sinit. Quisnam autem sit hodie valor libræ auri, non constat. Covarr. in *tractat. de veter. num. col. cap. 6. illat.* 1. n. 5. putat, unamquamque libram valere 72. solidos aureos, seu castellanos, aut maravedisios aureos, quorum singuli sextam partem unciæ auri pendebant, Cov. d. cap. 6. n. 4. vers. Ex prædictis, Gutier. *de jur. confirm. part. 1. cap. 4.* loquens de solidis aureis, vult ut attendatur praxis Curie in explicando valore. Vide Anton. Gom. 2. *variar. cap. 4. n. 6.* & ibi Ayllon, ubi plures laudat hoc tractantes argumentum.

3, Prima igitur succedentium causa, liberorum seu descendentium est, nullo adhibito discrimine inter masculos & feminas, neque inter eos, qui in potestate morientis erant & qui ab illa fuerant liberati. Vid.

quæ

quæ diximus in §§. 5. & 7. de *exhered. liber.* & 2. & 3. de *hered. qual. & diff.* Ex posthumis tamen excludetur ille, qui licet vivus nascatur, abortivus censetur, ut ex l. 2. tit. 8. lib. 5. Recop. ostendimus in §. 1. de *exher. lib.*

4, Hic primus succedendi ordo filios complectitur, & ex nepotibus & ulterioribus eos, inter quos & defunctum nullus est medius, utputa nepotes, quorum pater ante avum mortem obierit. Modus succedendi in hoc ordine idem ac apud Romanos, ut filii succedant in capita, nepotes & ultiores in stirpes, seu jure representationis, l. 3. d. tit. 13. P. 6. sicque simul cum filiis, etsi remotiores sint. Filii per subsequens matrimonium legitimi simul cum legitimis admittuntur: utrisque vero cedunt qui per rescriptum Principis legitimatiorem obtinuerint, licet illorum legitimatio, & horum nativitas rescripto Principis sit posterior: sive agatur de successione in bonis patris, sive de succedendo matri. Cæterum quoad reliqua, successionem nempe in cognatorum bonis, & ipsius patris capessendos honores, nulla inter eos & legitimos distinctio facienda. Habentur hæc omnia in l. 10. d. tit. 8. lib. 5. Recop. (12. Taur.) quæ corrigit l. 11. d. tit. 13. P. 6. quatenus hæc ad successionem matris simul cum filiis legitimis naturales vocabatur.

5, Si patri defuncto nec le-

gitimi, nec legitimi extiterint, filii, sed naturales duntaxat, sextans bonorum patris & non amplius ad hos pertinebit cum ipsorum matre dividendus, l. 8. d. tit. 13. quin defuncti superstes uxor id impediât, l. 9. eod. Spurios vero vocatos non invenimus: quinimo eos exclusos censemus, arg. l. 7. d. tit. 8. Si autem de matris successione agatur, nec naturales, nec spurii excludentur, sed potentur hereditate, etiamsi defunctæ matris ascendentes supervixerint. Nati vero ex damnato & punibili coitu etiam a matris successione excluduntur d. l. 7. Quinam ii sint tradimus ex ead. l. 7. in *pr. de hered. inst.* Idemque dicendum de eis, qui ex Clericis in Sacris ordinibus constitutis, aut ex Monachis seu Monialibus professis fuerint nati, d. l. 7. l. 6. eod. & ibi Azov. *mn.* 3. & 4. Filius autem naturalis ille apud nos dicitur: *Qui natus est ex parentibus, qui tempore conceptionis, vel nativitatis ejus, matrimonium sine dispensatione contrahere poterant: modo ipsum pro filio recognoscat pater, si domi suæ non habuerit feminam ex qua eum suscepit*, l. 9. tit. 8. lib. 5. Recop. (11. Tauri). Vid. Azov. in hanc l. 9. & Gom. in l. 11. Taur.

6, Quod ad filios adoptivos attinet, jus succedendi ab intestato adoptivo patri indistincte tribuunt eis l. 8. & seq. tit. 16. P. 4. DD. tamen nostri attendentes l. 5. tit. 6. lib. 3. Fori

Q 2

2 Re-

, *Regii*, l. 1. tit. 22. lib. 4. eod.  
 , & l. 1. & 10. tit. 8. lib. 5. *Re-*  
 , *cop.* hoc procedere duntaxat exi-  
 , stimant, quando patri adoptivo  
 , liberi legitimi & naturales non  
 , extiterint, Greg. Lop. in *glos.* 5.  
 , d. l. 7. Azev. in d. l. 1. n. 66.  
 , Pichard. lib. 3. *instit. tit.* 1. §. 4.  
 , num. 4. Molin. de *just. & jur.*  
 , *tract.* 2. *disput.* 227.

7 , Si defuncto nulli super-  
 , fuerint legitimi liberi, vel eo-  
 , rum, qui etsi non legitimi, jux-  
 , ta ea quæ diximus, jus succe-  
 , dendu inter descendentes habent,  
 , ascendentibus secundum occu-  
 , pantibus ordinem fit locus: se-  
 , cundum gradus tamen proximi-  
 , tatem. Neque enim in hoc or-  
 , dine repræsentatio admittitur,  
 , sed semper proximior remotio-  
 , rem excludit. Unde si quis sine  
 , liberis & patre decesserit, reli-  
 , cta matre, avoque paterno, to-  
 , ta hereditas pertinebit ad ma-  
 , trem. Sed neque facienda est  
 , distinctio bonorum, ut scilicet  
 , paterna pater, & materna ma-  
 , ter capiat, sed indistincte in-  
 , ter eos, qui ejusdem gradus  
 , sunt, ex æquo dividetur here-  
 , ditas, l. 1. d. tit. 8. lib. 5. *Re-*  
 , *cop.* l. 4. d. tit. 13. P. 6. Si  
 , tamen alicubi ex foro patrio mo-  
 , ris fuerit, ut paterna patri, &  
 , materna matri quærantur, id e-  
 , rit servandum, d. l. 1. in *fin.*  
 , Si præmortuis patre, matreque  
 , alicujus, is diem obierit relictis  
 , avis, hi ei succedent ita, ut  
 , qui ex patre sunt semissem u-  
 , num, qui ex matre alterum ca-  
 , piant, licet dispare sint nume-  
 , ro, d. l. 4. Non ergo in capita

, hereditas dividetur; sed neque  
 , in stirpes, si proprie loquamur,  
 , cum remotiorem proximior ex-  
 , cludat. Erit itaque anomalus hic  
 , succedendi modus, quem in li-  
 , neas appellavimus nuper agen-  
 , tes de jure Justiniano novissi-  
 , mo. Et denique si parentes, qui  
 , defuncto supervixerint, eum ex  
 , justis nuptiis non genuerint, sed  
 , naturales tantum fuerint, ei suc-  
 , cedeat eodem omnino modo,  
 , eademque ratione, qua filium  
 , naturalem parenti suo succede-  
 , re diximus, l. 8. d. tit. 13. P. 6.  
 , in *fin.*

8 , Tertius denique succeden-  
 , di ordo eos, qui ex latere de-  
 , functum contingebant, compre-  
 , hendit, qui omnes etsi fratres  
 , germani defuncti fuerint, ascen-  
 , dentibus cedunt, ut modo di-  
 , ximus ex l. 4. d. tit. 8. Ut er-  
 , go venientibus ex transverso sit  
 , locus, opus erit omnino, nul-  
 , lum descendentem, neque a-  
 , scendentem superesse, ex legi-  
 , timis scilicet, vel aliis, qui li-  
 , cet non sint legitimi jus succe-  
 , dendu habent, juxta nuper tra-  
 , dita. Dum id evenerit, fratres  
 , utrinque conjuncti, eorumque  
 , præmortuorum filii hereditatem  
 , obtinebunt: illi in capita: hi  
 , in stirpes, l. 5. d. tit. 8. lib. 5.  
 , *Recop.* l. 5. d. tit. 13. P. 6. Si  
 , utrinque conjuncti fratres, eo-  
 , rumque filii non extiterint, fra-  
 , tres ex uno venientes latere, i-  
 , psorumque defunctorum filii eo-  
 , dem modo hereditatem partien-  
 , tur, d. l. 5. tit. 13. P. 6. Si ta-  
 , men fratres fratrumve filii, qui  
 , ex paterno latere defunctum con-

, tin-

, tingebant cum fratribus fratrum-  
 , ve filiis, qui eidem ex parte  
 , matris fuerant juncti, concur-  
 , rerint, distinctio bonorum fiet,  
 , ut paterna paternis, materna  
 , maternis tribuantur: cætera bo-  
 , na inter ipsos dividantur æqua-  
 , liter, l. 6. eod.

9 , Non extantibus fratribus,  
 , filii eorum in capita ad patruum  
 , vel avunculi hereditatem venient,  
 , d. l. 5. tit. 13. patruosque &  
 , avunculos defuncti excludent,  
 , argum. d. l. 6. quæ demum post  
 , fratres eorumque filios cæteris  
 , cognatis hereditatem deserit; &  
 , quidem sola proximitatis ratio-  
 , ne. Unde major conjunctio, quæ  
 , ex utroque descendit latere, in  
 , fratribus duntaxat, eorumque fi-  
 , liis attenditur. Nec aliis quam  
 , fratrum filiis jus repræsentatio-  
 , nis in hac transversa linea ac-  
 , commodatur: & his quidem eo-  
 , solum casu quo cum patris &  
 , avunculis concurrerint.

10 , Quæ dicimus, exaudien-  
 , da sunt quando agitur de suc-  
 , cessione inter cognatos legiti-  
 , mos: si enim vel defunctus, vel  
 , qui eidem est proximus, natu-  
 , ralis fuerit, ex justis nuptiis non  
 , procreatus, quæ sequuntur te-  
 , nenda erunt: Si qui mortem  
 , obierit naturalis fuerit, fratres  
 , ex eadem matre, eorumque filii  
 , ei erunt heredes, l. *fin.* d. tit. 13.  
 , P. 6. & si quidam ex eis fuerint  
 , legitimi cæteris præferendi, arg.  
 , *ejusd. leg. vers.* Fuerae ende,  
 , cum *seq.* Lop. *gloss.* 2. eod. licet  
 , contrarium tenuerit Gomez in  
 , l. 9. *Taur. num.* 48. qui tamen  
 , recte monet *num. seq.* fratres

, utrinque conjunctos uterinis præ-  
 , ferendos, idemque tenet Lop.  
 , in *gloss.* 3. d. l. *fin.* Si fratres  
 , uterini non extiterint, admit-  
 , tentur consanguinei, ex quibus  
 , etiam præferuntur legitimi, ut  
 , expresse statuit d. l. *fin.* d. *vers.*  
 , Fuerae ende, cum *seq.*

11 , Si autem agatur de suc-  
 , cessione legitimi, qui cognatos  
 , legitime natos non reliquerit,  
 , sed naturales duntaxat, hi ei  
 , succedent, qui ex parte matris  
 , eum contingebant, d. l. *fin.* in  
 , *fine*: qui vero ex parte patris  
 , defuncto erant conjuncti, peni-  
 , tus excludentur, licet fratres de-  
 , functi fuerint, d. l. *fin.* *vers.*  
 , Otrosi, ibi: Otrosi decimos, que  
 , los hijos naturales non han de-  
 , recho de heredar los bienes de  
 , los legitimos, nin de los parien-  
 , tes otros que le pertenecen de  
 , parte de su padre: quamvis  
 , aliud hoc casu placeat Greg.  
 , Lop. in *gloss.* 7. *ejusd. leg.* &  
 , Anton. Gom. in d. l. 9. *Taur.*  
 , num. 47. aliisque, quorum sen-  
 , tentia non satis aptari videtur  
 , verbis d. *vers.* expresse exclu-  
 , dentibus filios naturales ex par-  
 , te patris a successione legitimo-  
 , rum. Verbum enim legitimos  
 , relative positum in d. *vers.* ma-  
 , nifesto refertur ad verbum *hijos*,  
 , quod non repetitur, quia mo-  
 , do relatam; quasi textus dice-  
 , ret: Los hijos naturales non han  
 , derecho de heredar los bienes  
 , de los hijos legitimos: filii autem  
 , naturales, & filii legitimi fratres  
 , inter se sunt. Id ipsum suadent  
 , quæ sequuntur verba: Nin de  
 , los parientes otros; quandoqui-  
 , dem

, dem verbum *otros* cognatos alios  
 , a fratribus diversos significat, cum  
 , nulli alii præter fratres appareant,  
 , ad quos hocce discretivum ver-  
 , bum referri. queat ; & verbum  
 , *nin* conjunctio excludens est.  
 , Itaque ex sententia legis exclu-  
 , si sunt naturales a successione  
 , fratrum legitimorum , & a suc-  
 , cedendo cæteris cognatis legi-  
 , timis.

, Adversariorum argumentum,  
 , quod nempe successio debeat  
 , esse reciproca , tanti non est  
 , ponderis , ut in eorum senten-  
 , tiam abire nos cogat , in con-  
 , spectu alterius ; quæ optime , ut  
 , vidimus , legi consonat. Ad-  
 , hæc , si mens *hujus legis* fuisset,  
 , reciprocam , quam adversarii vo-  
 , lunt , successionem statuere , id  
 , proculdubio expressisset , ut in  
 , successione eorum , qui in linea  
 , sunt recta expressit *l. 8. eod.*  
 , ut nuper diximus in *vers.* Si de-  
 , functo. Neque hic conferuntur  
 , naturales cum naturalibus , ut  
 , in *d. l. 8.* sed cum naturalibus  
 , legitimi ; horumque conditionem  
 , meliorem facit hæc ipsa *l. fin.*  
 , *vers.* Fueras ende , ut mirum  
 , non sit , noluisse inter utros-  
 , que reciprocationem succeden-  
 , di. Præterea quamvis regulare  
 , est , ut successio reciproca sit,  
 , non est tamen perpetuum : sic  
 , adoptatus ab extraneo ei ab in-  
 , testato succedit , & non vice  
 , versa. Similia exempla ex jure  
 , veteri suppeditant §. 3. *Inst. de*  
 , *leg. agn. succ.* & *senat.* Tertyll.  
 , dum matri concessit successio-  
 , nem filiorum suorum , & non  
 , e converso : quod 20. ferme

, annis postea effectum *senat. Or-*  
 , *ficiano.*

12 Hunc ex transverso suc-  
 , cedendi ordinem quartus gradus  
 , terminat : eoque deficiente fi-  
 , scus hereditatem capiet , ut ha-  
 , betur in *Instructione ad colli-*  
 , *genda bona incerti domini* (mos-  
 , trencos) *vacantia & intestato-*  
 , *rum* , probata *Regio decreto sub*  
 , *die 27. Novembr. ann. 1785.* in  
 , qua & horum bonorum destina-  
 , tio præscribitur in commodum  
 , publicum directa. Cessat itaque  
 , hodie decisio *l. 6. tit. 13. P. 6.*  
 , quatenus usque ad decimum  
 , gradum hanc successionem ad-  
 , mittebat : atque eo non extan-  
 , te virum ad succedendum uxo-  
 , ri , & e converso.

13 , Illud vero prætermitten-  
 , dum non est , mortuo peregri-  
 , nante sine testamento , ejus bo-  
 , na occupanda esse a Judice lo-  
 , ci , in quo peregrinans deces-  
 , serit , ut solutis funerum im-  
 , pensis , quæ superfuerint custo-  
 , diat , Regemque certiore faciat ,  
 , a quo quid sit agendum  
 , expectet , *l. 5. tit. 12. lib. 1. Re-*  
 , *cop.*

14 , Sed & illud quoque mo-  
 , nendum superest , intestatorum  
 , bona absolute ex integro tra-  
 , denda esse , absque ulla dedu-  
 , ctione , cognatis illis , quibus jus  
 , succedendi competat , secundum  
 , rationem , quam modo texui-  
 , mus. Hi autem cognati , qui de-  
 , functo successerint , illas tenen-  
 , tur in ejus funere , proque ipsius  
 , anima , impensas facere , quas  
 , ejus conditio , opes & circum-  
 , stantiæ exigunt juxta morem Pro-  
 , vin-



ror manumissi fuerint, §. 10. *sup. de nupt.* In causa autem successionis, de qua *hic* agitur, nulla: sed constitutione Justiniani quæ refertur in *pr. hujus tit. introducta.* Constitutio ipsa desideratur: eam tanquam a se repertam exhibet Cujac. *lib. 20. obs. 34.*

## TITULUS OCTAVUS.

## DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 2. (1).

**E**X constitutione Justiniani relata in §. 3. *hoc tit. lege inoff. testam.* liberto centenarij majori intestato mortuo liberi ejus heredes sunt: & his non extantibus patronus; hoc autem deficiente, liberi ipsius patroni, necnon cognati usque ad quintum gradum.

2, *In HISPANIA d. §. 3. hujus tit. sententia probata est, l. 10. tit. 22. P. 4.* hoc tamen, addito, ut parentes, fratres, sororesque liberti idem jus excludendi patronos habeant, quod illius liberis tributum est.

## TITULUS NONUS.

## DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 4.

**S**enatusconsulto facto Claudi- nis temporibus concessum parentibus manumissoribus, libertos suos assignare uni vel pluribus ex liberis, quos in potestate habent: quo casu is solus cui assignatus est libertus, pro patrono habetur; & in bonis assignati succedit. Quæ assignatio fieri potest testamento, codicillis, aut inter vivos, quibuscumque verbis, & etiam nutu, l. 1. & *toto hoc tit.*

(1) L. 10. tit. 22. P. 4.

TI-

## TITULUS DECIMUS.

## DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

**J**us succedendi ab intestato angustissimis finibus constitutum per legem XII. Tab. Prætor ex æquo & bono dilatavit, *pr. hoc tit.* dans bonorum possessionem (quæ tota juris est, dominium tribuit, & vi ipsa nihil aliud quam hereditas) certis personis, quas lex XII. Tab. non vocaverat, utputa liberis in potestate non existentibus, cognatis, viro uxorive. Quia vero has omnes, si virum & uxorem excipias, ad hereditatem postea admisit Justinianus *nov. 118.* de qua copiose disserimus *supr. tit. 5.* quæque naturalem hominum affectionem & quasi vocationem secuta est, superfluum & inutile Jurisconsulto Hispano existimamus, hunc prætorium succedendi modum excutere. Erat autem modus succedendi per universitatem, secundus ex quatuor relatis *supr. lib. 2. §. ult. per quas pers.*

## TITULUS UNDECIMUS.

## DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

**P**roponitur *hoc tit.* tertius modus succedendi per universitatem. Cum adrogatus in familiam & potestatem adrogatoris transeat, ac si filius ejus naturalis esset, consequens est ut omnia adrogati bona acquirantur adrogatori, §. 1. *hoc tit.* & quidem servata eadem distinctione in pecuniis, quam tradidimus in §. 1. *per quas pers. cuiq.* ut ait Justinian. in §. 2. *hoc tit.*

## TITULUS DUODECIMUS.

## DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA

ADDICUNTUR.

**A**gitur *hoc tit.* de quarto & ultimo modo acquirendi per universitatem ex iis, qui propositi sunt §. *ult. per quas pers.* & est libertatum conservandarum causa bona-

R

no-

norum addictio; cum nempe nemine hereditatem adeunte, is cui libertas datur, aut quilibet extraneus petit ut bona defuncti sibi addicantur, libertatum conservandarum causa: quo casu, si idonee caverit creditoribus de solido solvendo, bona consequitur, & loco heredis habetur, *princ. & §. 1. hoc tit.*

*l. ult. C. de testam. manum.*  
2, IN HISPANIA, cum herede non adeunte hereditatem, duntaxat deseratur testamentum, quoad heredis institutionem: libertates vero & cætera firma maneat, ut diximus in *tit. de hered. quæ ab intest. bonorum*, addictio, de qua in *hoc tit.* incognita est.

### TITULUS DECIMUSTERTIUS.

## DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

*C. Lib. 7. Tit. 24.*

**H**ic titulus nullam meretur operam: quia duo adquirendi modi per universitatem quos

continet, & aboliti apud Romanos, & nullam aliis juris partibus lucem afferunt.

### TITULUS DECIMUSQUARTUS.

## DE OBLIGATIONIBUS.

*Dig. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10. (1).*

**T**ria esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus §. *ult. supr. de jur. nat. gen. & civ.* personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum a *titulo tertio* usque ad finem *libri primi*. Rerum tractatio suscepta

*lib. 2. tit. 1.* ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantum ea, quæ domini nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt, verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus *obligationem*: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant,

(1) *Tit. 16. lib. 5. Recop.*

cant, dominium & obligationem, *dominii* verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hætenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad *tit. 6. lib. 4.* ubi initium fit disputationis de actionibus.

2 Duo igitur errores *hic* nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes a rebus separant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priore errore Theophilus est & vulgo Interpp. qui existimant, *hic* initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cætera in rem jura, quam ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *infr. de act.*

3 Alter error Vultejii est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 16.* & ad *hanc rubr.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst. 2. disp. 3.* Præcipuum eorum argumentum est, quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personarum refer-

ri oportebat. Sed quid certius est, quam ea omnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere, nec solum res corporales, verum etiam incorporales, *supr. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hereditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, *add. l. 49. de verb. sign.* Apparet vero Vultejium obligationes tantum considerasse in relatione ad personam debitoris, cum præcipue *hic* considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes a parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum puta libertatis, civitatis, familiæ nemo dixerit.

4 Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes; tamen ad jus personarum ne isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur: *Quod personam afficit, quatenus persona est*, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam personas esse obligantes, quasdam obligatas? aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus considera-

tur ut persona, sed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *l. 3. de obl. & act.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt, aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum.

5. Hoc titulo primum docetur, quid sit obligatio; deinde dupliciter ea dividitur a causis efficientibus; postremo prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. Quoniam vero neque definitio, neque divisiones hic propositæ, omnes species obligationum continent, sed ad eas duntaxat pertinent, quæ actionem eamque efficacem jure civili producant, & tamen illæ quoque, quæ vel non producant actionem, vel eam producant, quæ exceptione repelli potest, suum quandam usum & effecta jure civili habeant, recte facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus, quæ hic a Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum a capite repetitam explicemus.

6. Omnis obligatio est: *Vinculum quoddam juris, quo adstringimur ad aliquid præstandum.* Cæterum cum ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut pluri-

mum autem jus naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species recte dividitur in puram *naturalem*, meram *civilem*, & *mixtam*. *Naturalis* obligatio est: *Naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili* (1). Dicitur naturalis non a natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi, sed a natura humana, id est, recta ratione, quæ sola quod æquum est, dicat. Hæc obligatio conscientias quidem hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *l. 95. §. 4. de solut. l. 84. §. 1. de div. reg. jur.* quo loco verbo oportet quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactiorem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, liquere potest.

7. Ut naturalis tantum, non etiam civilis simul sit obligatio, tria faciunt, videlicet aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa duntaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ *legitima* dicitur, aut quæ contractui in continenti adjecta, *l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod.* Ex cæ-

(1) *L. 5. tit. 12. P. 5.*

teris, quæ solo placiti sine stant, nascitur duntaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod.* Plura dicemus infra sub §. ult. Secundo facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventionem quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur, veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine testoris auctoritate, *l. 127. de verb. oblig. l. 1. in fine de novat.* aut servus, *l. 14. de oblig. & action.* aut is, cui bonis interdictum est, *l. 6. de verb. oblig.* Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, *l. 16. §. 1. ad senat. Vellej. l. 9. in fin. cum l. seq. de senat. Maced.* (1).

8. Præterea, etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti: unde obligatio ad mutua dona, *l. 25. §. 11. de hered. pet. per l. 54. §. 1. de furt.* & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debitio naturalis, *l. 26. §. 12. de cond. ind.* Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solemniter declarata: item eam, qua heres legatis oneratus tenetur ea integra præstare extra detractionem Falcidicæ, *l. 2. C. de fideicom. l. 5. §. 15. de donat. int. vir. & uxor. l. 1.*

(1) *L. 4. tit. 1. P. 5.*

*l. ult. C. ad legem Falc.*

9. Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori ejusque totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero *pro Planc. cap. 28. debittio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia scenerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ *3. de benef. cap. 7. Cum res honesta sit referre gratiam, desinit honesta esse, si necessaria est*, id est, honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicant: *Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quam eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit.* Et mox: *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.*

10. Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, *d. l. 26. §. 12. de cond. ind.* Ejusdem fere conditionis est & obligatio testamenti minus solemniter & ad integra legata præ-



standa : nam etiam quod ex his causis per errorem juris solutum est , jure civili repeti non potest , *l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falcid.* Idem erit dicendum de obligatione filiiam. qui contra senatusc. Macedonianum mutuam pecuniam accepit , *l. 40. de cond. ind.* Si is , cui bonis interdictum est , quid promiserit , adeo jure civili non tenet obligatio , ut ne fidejussores quidem admittat , quasi negotium nullum gestum sit , *l. 6. de verb. oblig.* Tandem dici potest de transactione alimentorum senatusconsulto prohibita , *l. 23. §. 2. de cond. ind.*

11 Cæteræ obligationes naturales , quæ ex conventionibus descendunt , eosdem pene effectus , si unam dempseris actionem , jure nostro habent , quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti , cum ajunt aut negant , naturaliter quem obligari , ut videre est *l. 13. l. 41. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. & similibus locis.* Effectus isti principales hi sunt : debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio , *l. 6. de compens.* ejusdem soluti per errorem retentio , *d. l. 10. de obl. & act.* Præterea quod ita naturaliter debetur , constitui potest , *l. 1. §. pen. de pec. const. item novari , l. 1. in fin. de novat.* Potest & fidejussor huic obligationi accedere , *§. 1. infr. de fidejuss.* denique & pignus , *l. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta : quip-

pe quæ accessiones duntaxat recipit ; principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit : quo aspectu , quod pupillus ita promissit , ne naturâ quidem deberi dicitur , *d. l. 41. de cond. ind. l. propen. de obl. & act.*

12 Obligatio mere civilis est : *Vinculum solius juris civilis , quo quis ita tenetur , ut summo jure in eum sit actio , sed quæ jure prætorio infirmetur , opposita perpetua exceptione.* Hujus generis sunt omnes illæ , quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem ; veluti si quis metu coactus , aut dolo inductus , aut errore lapsus aliquid promiserit. Hoc genus obligationis propemodum sine re est , & exitu inutile , *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil interest 112. de div. reg. jur. l. 14. de compens. (1).*

13 Mixta obligatio seu naturalis & civilis simul est : *Vinculum æquitatis pariter & juris civilis , quo quis ita adstringitur , ut actio efficax in eum detur (2).* Mixtam hanc obligationem vocamus , propterea quod eam & naturalis sustinet æquitas , & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam sola plenam præstandi necessitatem habet , actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est , quod sola proprie & absolute obligatio in usu juris vocatur , quemadmodum & debitor proprie intelligitur : *Ille a quo invito pecunia exigi potest , l. debitor 108. de verb. sign. & ex adverso creditor : Qui exceptione perpetua removeri non potest ,*

(1) *L. 56. tit. 5. P. 5.*(2) *D. l. 5. tit. 12. P. 5.*

*est , l. 10. eod. tit.* alii per abusionem , *l. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus , ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est vero , quod apprime notandum est , mixta hæc obligatio aut vere talis , aut præsumptive ; qualis est obligatio judicati , & confessi ; item jurisjurandi necessarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur , *l. 56. de re jud. confessi in jure pro judicatis habentur , d. l. 56. l. 1. de confess. l. unic. C. eod. jurisjurandi quoque , aut potius sententiæ ex eo lata eadem fere vis est.* Hujus generis etiam obligatio est , quæ dicitur litterarum , *infr. de litt. obl.*

## TEXTUS.

## Continuatio &amp; definitio.

*Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum , quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura (1).*

## COMMENTARIUS.

1 *Est juris vinculum* ] Re-  
cte vinculum : quoniam qui nobis obligatus est , necessitate quadam præstationis tenetur , ut effugere non possit , nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta a vinculis corporis. Concepta est definitio , relatione facta ad personam debitoris , ita tamen , ut simul ostendat , quodnam hic

sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis , subjecto , effectu , & causa efficiente remota , adumbrant.

2 *Necessitate adstringimur* ] Effectus. Obligatio semper adjunctam habet necessitatem præstationis : quæ necessitas in eo consistit , ut nisi obligatus præstet id quod debetur , jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat , invitumque ad solutionem compellere.

3 *Alicujus rei* ] Subjectum. Rei autem verbum generale est , & factum quoque comprehendit , *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consistat obligatio , sive in faciendo , necessitas obligationis postulat ut utrumque præstetur , *l. 2. de verbor. oblig. §. ult. inf. eod. l. 3. de obl. & act.*

4 *Solvendæ* ] Solvi dicitur res in usu juris , cum debita præstatur , *l. 49. de solut.* eaque solutione tollitur obligatio , *infr. quib. mod. toll. obl. in pr.* tamen si persona obligati tantum adstringi videtur , non res ipsa , nisi per consequentiam , aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est , ut aut corpus aliquod , aut servitutem nostram faciat , aut ut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur ; sed jus tantum ad rem tribuit , id est , personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum , *l. 3. de obligat. & act.*

5 *Secundum nostræ civitatis jura* ] Hæc verba referenda sunt ad totum illud , quod præcedit.

Quo

(1) *D. l. 5. tit. 12. P. 5.*

Quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. Temperatur enim hac adjectione, non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas; ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ.

## TEXTUS.

## Divisio prior.

1. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut prætorias. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobata sunt. Prætorias sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.

## COMMENTARIUS.

1. *Aut civiles aut prætorias* ] Distributio obligationis a causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur), quæ non aut jure civili aut prætorio constituta vel recepta sit. Illud hic monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri. At cum obligationes civiles prætoris opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirma-

tæ sunt. Idem suo modo observatur in jure, & actione civilibus. Vide quæ diximus in §. 8. *supr. de jur. nat. gent. & civ.*

2. *Constitutæ aut comprobata* ] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum, & verborum, *infr. tit. 16. & tit. 22. ex delicto* nonnullæ, ut suis locis videbimus. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

3. *Quas Prætor ex sua jurisdictione* ] Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio prætorias naturalis quoque est a Prætoris introducitur ea, ex qua Prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi: & aliæ, de quibus in progressu.

4. *IN HISPANIA* obligationes, prætorias a civilibus distinctas, nullas agnoscimus.

## TEXTUS.

## Divisio posterior.

2. *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu; aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de his, quæ ex contractu sunt,*

*dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

## COMMENTARIUS.

1. *Aut enim ex contractu &c.]*

Secunda obligationum divisio a causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua, & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur: nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papi- nianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, *l. 27. hoc tit. de oblig. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur a Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficio, quasi maleficio. Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione *contractus & maleficio* etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur, *l. 16. de neg. gest. l. 23. de div. reg. jur. cum similibus.*

2. Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ hic a Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ a Celso proponitur in *l. 32. de rebus cred.*

item ex qua ad exhibendum agitur, *l. 3. §. 3. ad exhib.* quam nullum omnino factum obligationum præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, §. 29. *supr. de rer. divis.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidariæ dantur, §. ult. *infr. de leg. Aquil. l. 23. §. 5. de rei vindic.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventionione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cijus *l. 1. pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicatorum, contractus & maleficio tantum munit, cautionis gratia subjiciens, eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum: duo illa, contractum & maleficio esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sunt extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Cijus in *d. l. 1.* nomine *contractus & maleficio* etiam quasi contractum & quasi maleficio intelligere: quæ tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, a contractu & maleficio diversa esse, idem recte docet *l. 5. cod. & ex eo Justinianus infr. tit. de oblig. quæ quasi ex contr. & de obl. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consi-

deratione causarum, quadripartita quoque est obligationis divisio.

3 *De iis, quæ ex contractu* ] Quid sit contractus intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis, l. 1. §. 3. l. 7. de pact. Conventio seu pactio (idem enim hæc duo & item pactum in genere sumptum, valent) est: *Duorum pluriumve in idem placitum consensus*, definitore Ulpiano d. l. 1. §. 2. de pact. l. 3. de pollic. In idem placitum, id est, in eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, propt̄ placuit. Conventio duæ sunt species; aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata, l. 5. de pact. De publicis tractare non est hujus loci. Privata conventio, aut nuda est, aut non nuda, d. l. 7. §§. 1. 2. & 4. de pact. l. 10. C. eod. Non nudam conventionem Doctores vulgo *vestitam* & *pactum vestitum* appellant, verbo magis quam sensu inconcinno. Nuda conventio est: *Quæ in nudis placiti & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec obligandi causam præter conventionem*, d. l. 7. §§. 1. 2. & 4. de pact. l. 27. C. de locat. In libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, d. l. 7. §. 4. & seqq. l. 10. C. eod. l. 15. de præscript. verb. Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius, l. 23. C. de pignor. nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum,

nudam proprietatem &c. dicimus.

4 Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur, d. l. 7. §. 4. cum *similibus*. Imo proverbii vice olim jactatum fuisse: *Ex pacto actionem non nasci*, indicant Imp̄ in d. l. 10. C. de pact. & ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit, ut ait Paul. 2. sent. 22. §. ult. Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure prætorio exceptionem pariunt, d. l. 7. §. 4. & seqq. Nimirum Conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & necessitate adstringere.

5 Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis speciatiim ad efficaciam obligationis sunt confirmata, vel jure civili, quæ pacta dicuntur *legitima*, l. 6. de pact. quæle est, v. c. pactum donationis, l. 35. C. de donat. item quo dōs constituitur, l. 6. C. de dot. prom. vel jure prætorio, ut constitutum; & conventio de pignore, l. 1. & passim de pec. const. l. 1. de pignor. actio.

6 Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adje-

cta, quæ his contractibus tanquam pars eorum inesse creduntur, l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod. Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est, competit, l. 79. de contr. empt. l. 6. §. 1. de act. empt. l. 11. C. de pact. Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim, non quævis pacta huc pertinent, sed ea duntaxat, quæ sunt secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promovent, d. l. 7. §. 5. & seq. de pact. & ibi comm. DD. l. *parata* 72. de contr. empt. Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri coherentia contractus. Deinde, nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta, quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint & actionem pariunt; sed proprium contractuum bonæ fidei.

7 Conventio non nuda sive vestita est: *Quæ puri placiti finis egreditur*; quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit, d. l. 7. §. 2. de pact. Hæc conventionis species uno verbo appellatur *contractus*. Et igitur contractum sic definitio: *Conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam*. Definitio tantum non iisdem verbis proposita d. l. 7.

§. 1. & 2. Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producant, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæc conventiones ob frequentiorum usum, talem accepere vim ac naturam, quæ etiamsi nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur.

8 Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hocce exprimit Jurisconsultus d. l. 7. §. 2. & *contractus innominati* dicuntur, quorum quatuor sunt genera, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, relata a Paulo in l. 5. de præscr. verb. (1). Et hæc quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definitio: *Datio vel factum certa lege*, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus in d. l. 7. §. 2. hoc explicat, & innumeris locis significatur, l. 5. per tot. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 6. C. de rer. perm.

(1) L. 5. tit. 6. P. 5.

& simil. alias negotium dicitur, *d. l. 15. de præscr. verb. & negotium civile, l. 1. de astim. ad.* id est, tale quod constituit contractum, unde obligatio & actio civilis; ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quæ paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est. Labeo in *l. 19. de verb. sign.* dum ait contractum esse ultro citroque obligationem, non definit generaliter quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus vocis significatio: sed quid Prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis conjungit, *actum, contractum, gestum.*

9 Apparet autem ex disputatione Ulp. in *d. l. 7. § 1. & 2. de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta a contractu, in quo sunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *coherentie contractus*: quippe qui nudi ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres

omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l. 6. l. 7. § 5. de pact. l. 10. l. 13. C. eod.*

10 *Aut re contrahuntur aut verbis &c.*] Subdivisio primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu, sumpta a causis obligationem ex contractu proxime constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris, id est, obligationem tum demum producant, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocunque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Luque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur consensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, *l. 1. §. pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fiunt, sed præter consensum, rem, verba, aut litteras requirunt.

11 *Aut litteris*] Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur, quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam: vel ut Galvano placet in *tract. de usufr.* sub obligatione verborum: quia & in hac olim verba solemnita intercessisse, patet ex Theoph. ad

ad *tit. Inst. de litter. oblig.* Certe plurium, quæ ex contractu sint, illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, consensu, *l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse, constat ex *tit. C. de non num. pec.*

12, IN HISPANIA ex quocunque pacto serio efficax obligatio nascitur, *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. de qua plura loquendi infra erit locus in tit. de verb. oblig. & de inut. stip.* Quod & usu omnium fere gentium jam pridem receptum est.

## TITULUS DECIMUSQUINTUS.

### QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR

#### OBLIGATIO.

*Dig. Lib. 12. Tit. 1. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. Tit. 3. Cod. Lib. 4. Titt. 1. 23. 24. & 34. (1).*

**H**oc titulo exponitur prima species obligationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cum aliquid ad conventionem accessit, illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum, rei interventum ad perfectionem sui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi nulla certa definitione, sed exemplis ostenditur. Suppleamus ergo quod deest, dicamusque, obligationem re contrahi: *Cum datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit.* Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ solæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mu-

tuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod aut factum ad conventionem accesserit, *l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. C. eod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & pass. de præscr. verb. diserteque Papius in d. l. 1. §. 2. de rer. permut. hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet.*

#### TEXTUS.

#### De mutuo.

*Re contrahitur obligatio, vel uti*

(1) *Titt. 1. 2. 3. & 13. P. 5.*

uti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est: quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi conditio (1).

## COMMENTARIUS.

I Mutuum est: Contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus sic expressit: *Mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur*, l. 2. §. 3. de reb. cred. Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quam datum est, obligatio contrahi possit, veluti si tibi dederim decem ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, l. 11. §. 1. eod. tit. Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio. Pla-

(1) L. 5. &amp; 2. tit. 1. P. 5.

ne, si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia, ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fictione brevis manus, l. 9. §. ult. de reb. cred. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpe etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commedato, pignori.

2 Quæ pondere, numero, mensura] Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari &c. possunt: alioqui nihil fere esset, in quo mutuum non consisteret. Ideo autem in his rebus duntaxat mutui datio consistit, quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie; id est, quoniam hæc res natura ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta, non aliud, sed idem, quod creditum est, videatur redditum; quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur, quod non licet

## Quibus modis re contrahitur obligatio.

cet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. in d. l. 2. §. 1. de reb. cred.

3 Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive domini rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit: *Quod de meo tuum fiat*, d. l. 2. §. 2. de reb. cred. Ex hoc autem intelligimus & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is, qui accipit, dominus fiat, d. l. 2. §. pen. l. 55. de obl. & act. Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam, crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis uteris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in l. 11. & l. 15. de reb. cred. Quanquam difficilior videtur Africanus in l. qui negotia 34. mand. Vid. Cujac. tract. 8. ad African. & quæ diximus in §. interdum 43. de rer. divis. & adq. ipsar. domin. Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & conditio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc

ea ab initio non translata, præstet bona fide facta consumptio, l. 19. §. 1. de reb. cred. ut vidimus in §. 2: quib. alien. licet vel non.

4 Finis est, ut is, qui rem mutuo accipit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantundem (quod æque bonam quoque intelligimus) creditori reddat, d. l. 2. in pr. de reb. cred. quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, l. 3. de reb. cred. (1).

5 Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis (2). Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. hoc tit. l. 1. §. 4. de obl. & act. (3): nimirum duplici de causa; tum quia regulare est, ut res pereat suo domino, l. 9. C. de pign. act. tum quia mutui debitor, generis debitor est; genus autem nunquam perit, l. 11. C. si cert. per.

6 Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato; deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem speciem, sed idem genus, d. l. 2. de reb. cred. alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eandem speciem,

(1) D. l. 2. tit. 1. P. 5.

(2) L. 1. d. l. 2.

(3) L. fin. d. tit. 1.

ciem, quæ accepta est, si forte ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deteriore: sic enim vel maxime res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit.

7 Porro dum res reddatur ejusdem generis, eademque bonitate, idque suo loco ac tempore, ad alias ante litem contestatam; quantacunque sit præsens æstimatione, debitor liberatur, ita ut æstimatione præcedentis temporis in questionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ pertineat ad creditorem, per *l. 22. de reb. credit.* Quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate, Donell. ad *d. l. 3. num. 5. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obrudi non potest, arg. *d. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm.* Quod si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, quia forte res præstari non possit, in ea ineunda tempus litis contestatæ spectandum erit (1), & si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit, præstandum, *d. l. 22.*

8 Specialem rationem in num-

mis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. 99. de solut.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nunciorum redditum, cum v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, qui eandem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valet decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quam ex hominum instituto seu valore impositio, id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* ut proinde qui aureum debet, non præcise corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potius ipsius valorem, seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senec. 6. *de benef. cap. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos &c.*

9 Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis, si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione faciendâ spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expresse dictum sit, neque mora intervenierit, quam tractant Hotoman. *illustr. quæst. 15.* Donell. ad *d. l. 3. de reb. cred. num. 10. & 11.* Bart. in *l. 101. de solut.* Bald. in *l. 24. de jur.*

*jur. dot.* Si autem neutri contractum injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus; si extrinseca, id est, valor impositivus, tempus solutionis in solutione faciendâ spectari debeat. Nec inelegans hujus distinctionis ratio: quia nimirum is, qui mutuas pecunias dedit, id ipsum consecuturus est, quod haberet, si mutuas non dedisset, sed eas in arca aut crumena conditas servasset. Atque ita sæpissime judicatum est, *Myns. 4. obs. 1. Gail. 2. observ. 73. num. 6. & seqq.*

10 *Ejusdem naturæ & qualitatis*] Id est, ejusdem generis & eadem bonitate (1). Atque horum alterum, ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essentielle est, *l. 2. de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, natura quidem mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, *l. 3. eod.* Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeat. Nam si hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut fromentum pro vino redderetur, non mutuum, sed permutatio est, *l. pen. C. de rer. perm. sive contractus, Do ut des, l. 5. §. 1. de præscript. verb.* Posterius potest salvo manente mutuo, ad cujus substantiam hoc solum requiritur, ut debeatur idem genus, *d. l. 2. arg. d. l. 3. junct. d. l. 5. §. 4.*

11 *Quæ vocatur certi condictione*] Mutuum contractus est unilateralis, sive ex uno tantum latere.

Tom. II.

(1) *D. l. 2. tit. 1. P. 5.*

tere obligationem pariens, non ultro citroque: nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuam accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi condictionem.

12, *IN HISPANIA*, si in mutui datione dies solutioni adjectus est, eo die reddendam: si autem nullus dies fuerit adjectus, decem dies debitori conceduntur a numeratione sibi facta, *l. 2. in fin. tit. 1. P. 5.* Gregor. tamen Lop. in *gloss. 7. ejusd. leg.* censer, hos decem dies currere ex quo mutuam a creditore petitur: non ante.

13, Et meminisse opus est, plurima constituta esse circa nobilissimam quæstionem, quam *supr. num. 9.* attigimus, in declarationibus *l. 19. cum aliquot seqq. tit. 21. lib. 5. Recop.* quæ in *Nova Recop.* subjectæ sunt *d. tit. 21. & in senatt. 3. 34. & 35. tit. 21. lib. 5.* Vide *Retes lib. 7. opusculor. & Larrea decis. 24.* qui late hoc argumentum examinant.

## TEXTUS.

### De indebito soluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictionis actio. Nam perinde ei condici potest, si appareret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde*

T

pu-

(1) *L. 8. d. tit. 1. P. 5.*

*pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti conditione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.*

## COMMENTARIUS.

**I** PER occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex *textu* apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congressit Cujacius 8. *observ.* 34. Duo hic referuntur. Cæteroquin non est *hujus loci* proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi a debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur *suo loco*.

## TEXTUS.

## De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur, ut ejus sit; & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur.*

(1) *L. 1. l. fin. tit. 1. P. 5. 3. tit. 2. eod.*

*Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantum suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonum, vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis (1). Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum (2).*

## COMMENTARIUS.

**I** SECUNDA species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ *hoc tit.* recensentur, est obligatio commodati. Commodare est: *Rem alicui gratis certo modo utendam dare.* Est rem utendam dare: proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus,

(2) *D. l. 3. tit. 2. P. 5.*

us, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l. 1. §. 1. commod.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia: & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possessionem retinemus, *l. 8. ff. hoc tit.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse (1), nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, *l. 3. §. ultim. l. 4. commod.* Quanquam Auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant pro mutuo dare. Cicero *Verrin.* 5. *Commodasti tritici modios sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere, *D. Salmas. cap. 7. de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere (2).

2. Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* (3). Denique consulto addimus *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discernemus a precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter, non ad certum usum: cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cum videtur revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est;

(1) *D. l. 1. tit. 1. P. 5. vers. E la otra.*

(2) *L. fin. d. tit. 2. P. 5.*

commodatum non liceat, nisi finito tempore utendi præscripto, *l. 1. l. 2. l. 12. de precar.* junct. *l. 17. §. 3. commod.* Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippe cui licet non uti, & beneficio renunciare.

3. *Re obligatur*] Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendam dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l. 1. §. 3. de obligat. & act.* (4).

4. *Commodati actione*] Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatariorum actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela: de quibus *infra suis locis.* Nimirum, quod hic notandum est, contractuum quidam sunt unilaterales, qui ex uno tantum latere obligant; quidam bilaterales, qui utroque quoque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur, quamvis & hi inter bilaterales numerentur *sup. tit. de auct. tut. in pr.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent, eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutant. Secun-

T 2

cun-

(3) *L. 1. eod.*

(4) *D. l. 1.*

cundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituentia ratio.

5 Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum duntaxat obligandum, eum qui accepit videlicet, ut liquet ex fine principali contrahentium; neque ab initio dantem itidem obligant: sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit; quas impensas refundi damnique ei sarciri, æquum est, *l. 18. §. 2. commod. l. 5. depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pignoratitius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ vero ex contrario ipsis accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem, debitorem, *contrariæ* dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra, depositi vel contra* &c. Idem quoque usu venit in mandato & quasi contractibus mandato similibus, negotiorum voluntaria administratione, & tutela, *l. 5. pr. & §. 1. de obl. & act.*

6 Sane quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debita peremptæ, deperditæ, aut

deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cuius id damnum pertineat. Quæstio, cujus sedes in *D.* est *l. 23. de div. reg. jur. l. 5. §. 2. commod. in Inst. hoc potissimum loco tractatur.* De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo; aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit.

7 De dolo, & casu facilis præceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est: *Occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita*, *l. 1. §. 2. de dol. mal.* (1). Eum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstat, *d. l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de div. reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est: Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est a debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstat, ut nec conventionem contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, invitetur ad delinquendum, *d. l. 23. de div. reg. jur. l. 27. §. 3. & 4. de pact.* Plane de præterito dolo pacisci licet, & actionem quæsitam remittere, *l. 7. §. 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* (2).

8 Casus fortuiti contraria de-

fi-

finitio est; nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstat, ita contra casus fortuiti in nullo judicio & a nemine præstari dicuntur, *d. l. 23. de div. reg. jur. in fin. l. 6. C. de pign. act.* ubi verba illa *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum. Nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris, ut bene Don. ad *d. l. 6. num. 21.* Casum fortuitum definimus: *Omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti*, *l. 18. commod. d. l. 6. C. de pign. act.* (1) Alio generali nomine casus & vis major dicitur, item *fatum & damnum fatale.*

9 Qui vero *periculum* dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. cum similib.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare, & maxime levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. ca. l. 40. locat. l. 25. pro soc. & passim hæc phrases occurrunt: Periculum custodiæ subire: Periculo culpæ vel negligentiae subjici, adstringi, illigari*, *l. un. §. 4. furt. act. nav. l. 39. §. 12. & l. seq. de adm. tur.*

(1) *L. 11. tit. 33. P. 7.*

*d. l. 1. §. 35. depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Cajus scribens ad legem *xii. Tab. casu*, inquit, id est, negligentia, *l. 9. de incend. ruin. navis.* quæ interpretatio confirmatur *l. 28. §. 12. vers. nam fortuita, de pen. & ita cape l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. eod.*

10 Casus fortuiti varii sunt, veluti a vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similia calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri *vim divinam* dixerunt, *l. 25. §. 6. locat.* Item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incursus hostium, prædonum impetus &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent, aliaque similia damna, *l. 23. de div. reg. jur. l. 18. l. 19. commod. cum similib.* (2). Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent, cujusmodi sunt furta, *l. 52. §. 3. pro soc. l. 14. §. 1. de peric. & commod. §. 1. de off. Præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio, verbi causa, servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat aedes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut a grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet. Vid. Fachin. *l. 1. contr.*

(2) *L. 3. tit. 2. P. 5. l. 8. tit. 8. d. P. 5.*

(1) *L. 1. tit. 16. P. 7.*

(2) *L. 29. tit. 11. P. 5.*



contr. 87. Don. ad l. 6. C. de pign. act. num. 6. & 3. seqq.

11 Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita, certa & perpetua est ubi nihil amplius debitori objicitur, quam casus fortuitus: cessat autem, si culpa ejus casus contigerit, hoc text. l. 18. commod. aut mora casum præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit (1). Etenim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam: si res debita post moram a debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, l. 23. de verb. oblig. l. 82. §. 1. eod. Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, l. 1. §. 35. de pos. l. 23. de div. reg. jur. l. 1. C. depos. Unde tritum illud: *Omnes contractus ex voluntate contrahentium legem capiunt.*

12 Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis a quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit: primum ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstetur. Culpam definitio: *Omne factum inconsultum, quo nocetur alteri injuria.* Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet,

culpa est, l. 91. pr. de verb. oblig. sicut e contrario & negligentia adscribitur, quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam sæcernamus tum a dolo, tum a casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est involuntaria. A casu fortuito, quia quod inconsultate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, §. seq. hoc tit. & sæpe alibi. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averti possunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permitte fit, non magis delictum est, quam id factum, quod alii non nocet, l. 4. C. ad leg. Jul. de adult.

13 Species culpæ quot sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ species, aut si mavis, gradus faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentia. Est enim diligentia quædam minima seu infima, est mediæ, est & maxima seu summa.

14 Latam culpam e regione opponimus infimo gradui diligentia, ut sit: *Omissio ejus diligentia, quam omnes homines suis rebus*

### Quibus modis re contrahitur obligatio.

*bus adhibere solent; aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria.* Itaque in lata culpa est, qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident, & intelligunt, se cavere aut curare debere, l. cedere 213. §. ult. l. latæ 223. de verb. sign. l. quod Nerva 32. de pos. veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit; aut si quis rem fidei suæ commissam in loco publico aut eo, quo quisvis accedere potest, incustoditam jacere patiatur, credens neminem venturum qui auferat (1). Alia exempla hujus culpæ habes in l. 8. §. ult. & l. 29. §. 3. mand. In summa, quicumque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, d. l. 32. depos. gravior, l. 54. §. 2. de adquir. rer. domin. item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, l. magna 226. de verb. sign. l. 7. §. 2. de adm. tut. & alibi, & passim per periphrasim culpa dolo proxima, l. 4. de Mag. conv. l. 47. §. pen. de legat. 1. cum similibus.

15 Levem culpam opponimus diligentia mediæ, ut intelligatur esse: *Omissio ejus diligentia, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt; aut id admissum in re aliena, quod diligens paterfamil. non committeret in re*

*sua, arg. d. l. 32. depos.* Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & acton. modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfamil. suis rebus præstare consuevit, non qualem unus e multis, sed qualem magna pars patrumfam. l. 11. de peric. & comm. rei vend. Itaque levi culpa peccat, si quis, verbi gratia, non clauserit fenestras altiores, quam ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint; aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consueta boni patrisfamilias diligentia præcaveri potuisset, d. l. 11. Levi culpæ & imperitia fere annumeratur in iis qui peritiam profitentur, l. imperitia 131. de div. reg. jur. junct. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. Denique huic culpæ obnoxius est; quicumque non providerit, quodcumque a diligente provideri potuit, l. 31. ad leg. Aquil. Hæc species fere in usu juris sola significatur, quoties verbum *culpa* absolute ponitur, aut dolo opponitur, ut in numeris locis videre licet, l. 5. §. 2. commod. l. 23. de div. reg. jur. l. 1. §. 35. depos. cum similib.

16 Levissimam culpam opponimus diligentia summæ, ut sit: *Omissio ejus diligentia, quam*

(1) D. l. 3. tit. 2. P. 5.

(1) L. 11. tit. 33. P. 7. ubi de omnibus culpis.

vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfamil. suis rebus adhibet; aut id commissum in re aliena, quod diligentissimus paterfamil. non committeret, l. 18. commod. l. 1. §. 4. de oblig. & action. l. 3. de peric. & comm. rei vend. Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior, majori cura abhibita, damnum, quod illatum est, vitare potuerit: nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, hoc text. §. 1. in fin. infr. de oblig. quæ quasi ex contr. d. l. 18. comm. Exempli gratia, non carebit culpa levissima si quis fenestras versus publicum remotiores a locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit l. in lege 44. ad leg. Aquil. passim per oppositum indicatur verbo diligentie aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de div. reg. jur. l. 47. §. penult. de legat. i.

17 Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est; nam qualitas facti & circumstantiæ semper augment aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus, certis terminis circumscribi nequeat: tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut sin-

gula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium Judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religio Judicis sufficienter instrui potest; iisdemque arbitrium illius dirigendum.

18 Restat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolum est; contrarium enim ostendit ejus definitio & loci, in quibus a dolo aperte distinguitur, l. 22. §. 3. ad Trebell. l. 7. ad leg. Cornel. de sic. l. 20. C. de neg. gest. sed quia prope fraudem ac dolum accedit, l. 29. mand. l. 7. §. 1. de susp. tut. (1), & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse, l. 32. depos. l. 226. de verb. sign. dolum accipi debere etiam latam culpam, l. 5. §. 15. ut in poss. leg. magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, l. 1. §. 5. de oblig. & act. id ad communem juris effectum referendum est: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur.

19 Ex hac porro interpreta-

tio-

(1) D. l. 11. tit. 33. P. 7.

tione est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolum notetur particulis taxativis, solum, duntaxat &c. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de div. reg. jur. cum simil. Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnunquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam, l. 11. §. ultim. de his qui notantur infam. l. 7. §. 1. de susp. tut. l. pen. de incend. ruin. naut. quibus locis refutantur, qui simpliciter negant, in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari. Plane in causis criminalibus & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet, dolum solum pro facto consulto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, l. 7. ad leg. Corn. de sicar. nisi forte res sit mali exempli: quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, l. 3. §. 2. d. tit. l. 38. §. 5. de pœn.

20 Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam duntaxat, aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt: sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris

Tom. II.

(1) L. 2. tit. 2. P. 5.

sequentes culpam simpliciter appellabimus: sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam, præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentie, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est: ut si quidem tale sit negotium, in quo ejus, qui quid suscepit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolum solus præstetur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi præter dolum præstetur & culpa (1). Quod vero utilitatem ejus duntaxat, qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, l. 5. §. 2. l. 18. commod. Quæ regula, servata eadem distinctione, accommodanda quoque est contractibus innominatis, l. 10. §. 1. commod. l. 17. §. 1. & §. 2. de præscr. verb. item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, l. 108. §. 12. de legat. i. junct. l. 47. §. penult. eod. l. 22. §. 3. ad Trebellian.

21 Quod vero ejus, qui precario rogavit, item agrimensoris dolum tantum coercetur, id specialem rationem habet, ut & illud, quod placet, nautas, caupones, stabularios in eo, quod receperunt, plus quam culpam præstare. In precario nempe, quia

V

ut

ut ait Ulpian. in l. 8. §. 3. de precar. totum pendet a liberalitate concedentis, id est, pro hujus arbitrio quocumque tempore revocari potest: ut proinde minima & contemnenda censeatur utilitas ejus, qui precario rogavit, & rem tenet. In agrimensore autem, quia hic civiliter obligatus non est, & sibi imputare debet, qui eum adhibuit, l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. dix. In nautis denique, cauponibus, & stabulariis, summam diligentiam exegit Prætor, ut innotesceret curam eum agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, l. 3. §. 1. naut. caup. stabul.

22 Insuper prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, l. 23. de div. reg. jur. Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est, præstabitur, l. 1. §. 6. depos. l. 1. C. eod. l. 5. §. 10. commod.

23 Possunt vero & sine conventionem justæ causæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorum culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, l. 1. de tut. & rat. distr. l. 7. C. arb. tut. aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cum dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret; quo casu non solum culpa, sed etiam custodia & di-

ligentia in deposito præstanda, l. 1. §. 35. depos. Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, §. 1. in fin. infr. de oblig. quæ quasi ex contr. l. 23. de div. reg. jur. Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabimus.

24 Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentiam, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus, eo significamus, diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæc locutiones sunt, præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

25 *Exactam diligentiam*] Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni d. l. 5. §. 2. commod. quod & eodem loco expressum est, a commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, *diligentia* verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur, Cajus l. 18. eod. In rebus commodatis, inquit, talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterfamilias suis adhibet: Idem alibi ait. *Eum qui utendum accepit, ex-*

*actissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli*, l. 1. §. 4. de oblig. & act. Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarius rebus commodatis, quantum suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri potuerit. Sic Constantinus in l. 21. C. mand. exactum officium dixit pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima, d. l. 5. §. 5. commod. Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, l. 25. §. 16. fam. ercisc. Quem admodum vice versa, superlativus nonnunquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus: Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem sua duntaxat gratia, quod interdum fit, commodasse sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, d. l. 5. §. 10. commod. Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote &c. d. l. 18. in fin. princ. eod. (1).

26 *Si modo alius diligentior*] Hinc tria elicimus. 1. Etsi commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis, eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentior rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe di-

ligens, nihil amplius ab eo exigi quam ut eandem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis: quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavio, licet aliquanto diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

27 *Majoresæ casus non tenetur*] Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in quam utendam accepit, nec ulla culpa intervenit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus, in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, l. 10. l. ult. commod.

28 *Si nulla mercede*] Commodatum nisi gratuito non contrahitur. Commodare enim officium est & liberalitatis, l. 17. §. 3. d. tit. ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitia, l. 1. §. ult. mand. Cum igitur merces pro usu rei datur, aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiti placuerit, contractus innominati genus est, §. 2.

## TEXTUS.

## De deposito.

3. Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi; quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidie ac negligentie, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet (1).

## COMMENTARIUS.

I Tertia species obligationum, quæ re contrahitur, est ex deposito Deponere est: Rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, l. 1. depos. (2). In eodem significato utimur & verbo commendare, l. 24. eod. l. commendare 186 de verb. sign. Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, d. l. 24. & seqq. §. 1. eod. (3). In quo depositum differt a commodato, l. 3. §. ult. commod.

2 Teneturque actione depositi] Actione nimirum depositi directa.

- (1) L. 3. tit. 3. P. 5.  
(2) L. 1. junct. l. 2. d. tit. 3. P. 5.  
(3) D. l. 2.  
(4) L. fin. eod.

Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam, & occasionem rei acceptæ abest, l. 5. depos. (4). Potest vero is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, l. 1. §. propen. & pen. eod. (5). At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat, l. 5. §. 2. eod. (6). Vitiosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus, officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, l. 17. §. 3. commod. (7).

3 De ea re restituenda] In specie; qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque responenti (8). Quare etiamsi numeri deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nomi-

- (5) L. 5. d. tit. 3. P. 5.  
(6) L. 3. eod. l. 2. tit. 9. P. 3.  
(7) L. ult. tit. 2. P. 5.  
(8) D. l. 2. tit. 3. P. 5.

natim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantundem: quæ res notos depositi terminos egreditur, l. 24. depos.

4 Si quid dolo] In deposito nullum commodum est depositarii: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus perierit, l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. ult. l. si sine 20. depos. l. contractus 23. de div. reg. jur. Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit; quia ea pro dolo habetur, ut superius demonstravi, l. 1. C. depos. (1).

5 Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentie nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, d. l. 1. §. 5. de obl. & act. & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Uti que ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, l. 32. depos. Adde omnino quæ nos ad §. ult. infr. de societ. dicimus.

## TEXTUS.

## De pignore.

4. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigne-

- (1) L. 3. d. tit. 3. P. 5.

ratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam, exactam diligentiam adhibeat: quam, si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere (2).

## COMMENTARIUS.

I Quarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. 7. infr. de act. tit. D. & C. de dist. pign. & jus creditori in ea re constitutum, tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv. & denique contractum, quo jus illud constituitur, l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod. Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventionem, quamvis traditum non sit, l. 1. de pign. act. hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit, eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure prætorio constitutam habet, Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, l. 17. de pign. §. 7. infr. de act. Cæterum de pignore ita accepto hic non loquimur, sed de eo quod contrahitur per tradi-

- (2) L. 20. tit. 13. P. 5.

ditionem a debitore factam creditori in securitatem crediti; resque ipsa tradita *pignus* dicitur: quando vero res duntaxat obligatur & non traditur creditori, sed apud debitorem manet, *hypotheca* appellatur, si proprie & distincte loqui volumus, *l. 9. §. 2. de pigner. act.*

2 *Actione pigneratitia*] Directa scilicet, quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pigneratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, *l. 40. §. ult. de pign. act. l. 1. cum 2. seqq. C. eod. & demum debito omni exsoluto intentari potest, d. l. 9. §. 3. eod. (1).* Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is *pignus* recuperavit, aut in conventionem creditorem decipit, *l. 3. d. l. 9. pr. eod.* aut si creditor in rem pigneratam necessarias impensas fecit, *l. 8. eod. (2)* Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad *pignus* persequendum contra quemcunque possessorem, *d. §. 7. infr. de act. l. 17. de pign.* at pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a Præatore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothe-

cariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l. 3. §. 3. ad exhib. & aliis locis.*

3 *Sufficere si exactam diligentiam*] Creditor igitur pigneratitius culpam levem præstabit, nihil amplius, juxta regulam traditam ab Ulpiano in *l. 5. §. 2. commod.* quam exposuimus §. 2. *hujus tit.* quia ut in *hoc text.* dicitur in contractu isto utilitas vertitur utriusque.

4 Negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l. 13. §. ult. de pign. act. l. 19. C. de pign.* Quid quod *iusdem locis* traditum est, creditorem pignoris præter culpam, & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l. 13. §. ult. In actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo: ex iis quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore; & ideo *hoc loco* exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis a commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus forte e multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius a creditore Paulus exigit *l. 14. de pign. action.* Hancque esse mentem Justiniani perspicue probat verbum *sufficere*, quo ipse utitur in

(1) *L. 21. d. tit. 13. P. 5.*

(2) *D. l. 21.*

in *hoc textu*, ut temperet verbum *exactam*: cum e contrario loquens de commodato in §. 2. *hoc tit.* post verbum *exactam* dixisset: *Nec sufficit &c.*

5 Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam a creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quia, ut verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proxime accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l. 5. C. de pign. act. l. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic jungantur, quasi utriusque eadem

essent præstationes, ut in *d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. 23. de div. reg. jur.* Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 10. §. 1. commod. d. l. 28. C. de locat.* eodemque modo custodia accipiendi in *d. l. 13. §. ult. de pign. act. & d. l. 19. C. de pign.* Vid. C. Ger. Noodt *probab. lib. 1. cap. 4.* ubi una litterula & interpolationibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, at in commodato venit & custodia; vis major non venit.* Quæ lectio optime quadrat laudatæ regulæ traditæ in *d. l. 5. §. 2. commod.*

## TITULUS DECIMUSSEXTUS.

### DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

*Dig. Lib. 45. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 38. (1).*

1 **E**Xposita est prima species obligationum, quæ litteris ad consensum accedentibus constituitur: unde illa *verborum*, hæc *litterarum* dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proxime sequentes *quinque tituli* consumuntur. Litterarum obligatio brevius perstringitur *tit. 22.* Verborum obligatio est ea, quæ na-

(1) *Tit. 11. P. 5.*

nascitur ex stipulatione. Stipulatio est: *Contractus constans in interrogatione & responsione certis verbis conceptis*. Est autem contractus hic unilateralis, tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur: *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet, l. 5. §. 1. hoc tit. (1)*. Verum Jurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset: *Stipulatio est contractus constans conceptione verborum &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent.

2 Stipulationum usus jure civili maximus est: quia necessarius in constituendis fidejussoribus, & obligationibus novandis, l. 1. de novation. & utilis, quia per eas ceterarum conventionum clariores & firmiores fiunt: atque idcirco omnium fere negotiorum novissima parte subijci etiam stipulatio solet, l. 134. §. 1. de verb. oblig. l. 7. §. 12. de pact. Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub tit. de verb. oblig. tanquam in Pandectæ, tractentur, & stipulationi attribuantur.

3 Illud vero addendum, quod licet stipulatio certam & determinatam naturam non habeat, ut ceteri contractus: tamen summo adhuc jure ex stipulatione sine

causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, l. 2. §. 3. de dol. mil. except. l. 36. hoc tit. Glos. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez 2. var. resol. II. n. 3. quem perperam reprehendit Suarez in annot.

## TEXTUS.

## Summa.

*Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur (1): ex qua due profisciscuntur actiones, tam conditio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: que hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.*

## COMMENTARIUS.

I *Ex interrogatione & responsione* ] Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione, l. 1. §. 7. de obl. & act. Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio a veteribus dicta est, l. 5. §. 1. hoc tit. non proprietate verbi (nam stipulari is dicitur, qui interrogat; alter promittere, spondere: interrogatio autem sine responsione inutilis est), sed propter partium necessariam consequentiam, quia posita una, altera quoque intelligitur: quod etiam

(1) L. 1. tit. II. P. 5.

(2) D. l. 1. tit. II. P. 5.

etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione &c. Harum autem partium quædam sunt communia, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat; quædam responsionis propria, veluti ut qui respondet, illico id faciat, & ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatus.

2 *Si certa sit stipulatio* ] Certa stipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat; incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, si appareat ex pronuntiatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, l. 74. & l. seq. hoc tit.

3 *Ex stipulatu* ] Ait Imp. ex stipulatione certa nasci conditionem certi; ex incerta vero ex stipulatu, in specie scilicet. Nam sciendum est, hoc nomen actio ex stipulatu & generis esse & speciei: Primo modo sumptum convenit etiam conditioni certi, dum scilicet res in stipulatum deducta certa est: posteriore non item. Idem evenit in nominibus adoptio, cognatio, & aliis, ut monuimus in §. 1. de adopt.

4 *Si incerta sit* ] Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? Sane aliquando. Interest enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum

stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco; an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illic stipulatio non consistit, l. 94. cum seq. l. 115. in pr. hoc tit. hic contra. Vid. quæ diximus in §. si generaliter 22. de legat.

## TEXTUS.

## De verbis stipulationum.

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

## COMMENTARIUS.

I *Olim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habent*

gationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque a Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l. 5. §. 1. hoc tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio a Leone postea sublata est, *l. 10. C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l. 1. pr. §. 1. & 2. l. 38. §. 1. l. 137. hoc tit.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, *l. 1. §. pen. & ult. de oblig. & action. §. 7. infr. de inut. stipul.* Sufficit autem, ut uterque linguam alterius intelligat, sive per se, sive per verum Interpretem, *l. 1. §. ult. hoc tit.*

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

3. IN HISPANIA nullam inter pactum & stipulationem a-

gnoscimus differentiam. Quinimo, ex eo solum quod appareat, voluisse quenquam quoquomodo obligari, obligatio consistit, quia is possit excipere stipulationem, non fuisse contractam; vel promissionem in absentem & non adhibito Tabellione collatam fuisse, *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. Qua lege correctæ est l. 2. tit. 11. P. 5.* quatenus secundum juris Romani placita statuebat, vitari stipulationem per interjecta verba extranea; & nullam obligationem contrahi, dum quis sine verbis interroganti annuit, ut recte monet Gregor. Lop. in *gloss. 1. & 4. hujus leg. 2. Sed* & aliarum legum *Partitarum*, correctoria est laudata *Recopilationis*, ut *suis locis* videbitur, mus. Generaliter itaque statuetur, dum est, recte apud nos pacto, peragi ea omnia, quæ secundum leges Romanorum stipulationem, desiderant

### TEXTUS.

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

2. *Omnia stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti: Quinque aureos dare spondes? Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti: Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes (1)? Id autem quod*

(1) *L. 12. cum seq. d. tit. 11. P. 5.*

*quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti priusquam dies venerit, non potest (1): ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.*

### COMMENTARIUS.

I. Divisio stipulationis a diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel pure, vel in diem, vel sub conditione.

2. *Idque confestim peti potest*] Puræ stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, hoc est, id, quod pure promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *l. cedere 213. de verb. sign.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, *d. l. 213. l. 118. §. 1. hoc tit.* Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis, eamque intelligimus: Cui nec conditio nec dies vel tacite insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur, quæ huc non pertinet, *l. 73. hoc tit.*

(1) *L. 14. eod.*

3. Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in *§. ult. infr. de inut. stip. Eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur solutionem, & executionem obligationis referendum est: ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commode fieri, pecunia confici, & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, *l. 137. §. 4. hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est, ex ratione juris non præmature agat, ac proinde nec in poenam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat, *d. l. 118. §. 1. eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis executionem intercedere æquum est, atque incivile, statim cum sacco venire creditorem, arg. *l. 105. de solut.* placet, debitori confidenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui negat, & convictus condemnatur, *l. 16. jud. solv. junct. l. 21. de judic. Don. ad l. 41. §. 1. hoc tit. num. 34. &*

seqq. Caterum DD. vulgo id iudicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, arg. l. 45. §. 10. de jur. fisr. (1). Et sane nec præcise tempus iudicium servare Magistratus cogitur, l. 2. de re judic. sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Menoch. de arbit. 2. cent. 1. cas. 27. Dura autem nimis est Cujacii in d. l. 41. & Timæi Fabri disp. anniv. 23. sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

4. *Cum adjecto die* ] Stipulatio in diem est: *Quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur.* Diem hinc certum accipere debemus, quoniam incertum conditionem facit, utique quoties incertum est, an exiturus sit: veluti in hac conceptione, *¶ dabis, cum Titius uxorem duxerit?* aut, *cum Titius pubes factus erit?* l. 21. & l. seq. quand. dies leg. Nam si illud duntaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, exiturum esse; veluti si quis ita stipulatus fuerit, *¶ Dabis, cum moriar,* aut, *cum morieris?* hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est, quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, l. 16. cum 2. seqq. de cond. ind. (2). In heredis vero institutione, & in legatis dies mortis adjectus personæ extraneæ, conditionem facit, ut vidimus in §. 9. de hered. inst. n. 4. Discriminis ratio est: quia in legato adjectio illa, *cum heres morietur*, conditionem ideo

facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriens legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio, *cum morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, heredi tamen ejus debetur, §. 4. infr. eod.

5. Unum etiam genus diei plane incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione: *¶ Cum petiero dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum proculdubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur; non ut obligatio differatur in casum: ideoque si decessero prius quam petiero, non videtur defecisse conditio, l. 48. hoc tit. Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus a quo. Quod si apponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo: *¶ Usque ad Calendas dare spondes?* aut: *¶ Quoad vivam dare spondes?* pure contracta obligatio intelligitur: de qua sub §. seq. Porro dies vel aperte adjicitur, ut in formulis usitatis: *Calendis Martiis, proximis undinis, post biennium:* vel tacite stipulationi, verbis alioqui puræ, inest, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione

ope-

(1) L. 13. d. tit. 11. P. 5.

(2) L. 32. tit. 14. P. 5.

operis faciendi, fructuum nasciturorum, l. 14. l. 137. §. 2. & 3. hoc tit. §. loca 5. infr. eod.

6. *Statim quidem debetur* ] l. 38. §. 16. hoc tit. l. cedere 213. de verb. sign. Atque hujus præsentis obligationis intuitu, in diem stipulatio pura interdum dicitur, ut ejusdem generis legatum, oppositive nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, l. 9. §. 1. de novat. l. 79. de cond. & demonst. ¶ Quid ergo est, quod Ulpianus in l. 41. §. 1. hoc tit. ait: *Diem adjectum efficere, ne præsentis die pecunia debeatur?* Nimirum verbum *debendi* cum effectu *eo loco* Jurisconsultus accipit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plene & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis vincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cecidisse, quod pugnaret cum manifesta ratione juris: sed venisse negat. Eodemque modo exaudiendum est quod idem Ulpianus ait in l. 72. in fin. hoc tit. in obligationibus faciendi cedere diem, ubi jam coepit effectu, ut etiam ipse locus ostendit.

7. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, l. 10. de cond. ind. ut possit novari & constitui, atque ita

(1) L. 14. d. tit. 11. P. 5.

possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, l. 1. & l. 5. de novat. l. 3. §. ult. & l. seq. de pec. const. In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte solvat. Nam cum diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, d. l. 41. §. 1. medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in l. 38. hoc tit. & l. 70. de solut. Et vero quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? per vulg. Et miror adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmanrentum petit ex l. 18. de pec. constit. qui locus, etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujacii juvat l. 39. de solut. nunquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Plane si appareat, diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, l. 2. quod cert. loc. l. qui Romæ 122. pr. hoc tit. Don. in d. l. 41. §. 1. num. 47. & seqq.

8. *Peti prius quam dies venerit* ] Quod in diem debetur, si ve ex stipulatione si ve ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse, innumeris locis proditum est, l. cedere 213. de verb. sign. l. 44. §. 1. de obl. & act. cum similib. (1).

9. *Totus arbitrio solventis* ] Tempus adjectum pro reo, non pro

pro



pro stipulatore est, l. 41. §. 1. *hoc tit. l. 17. de div. reg. jur.* ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: utputa, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, l. 42. *hoc tit. §. ult. infr. de inut. stip.* Plane si quis ita stipuletur: *“Hodie dare spondes?”* puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, l. 118. §. 1. *eod.* Sive autem hac formula concepta sit stipulatio: *“Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes?”* sive ita: *“Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?”* sive denique hoc modo: *“Post Calendas, post biennium, post nundinas?”* non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur, l. 13. l. 41. cum l. seq. l. 56. §. 5. l. 138. *eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimam, l. 12. *eod.* Quod si simpliciter hoc modo: *“Calendis Januariis dabis?”* nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio, d. l. 41. *in pr.* (1). Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causa a DD. habetur, ac si annua, bima, trima die promississet, id est,

(1) L. 15. d. tit. 11. P. 5.

ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur.

IO, IN HISPANIA nullam legem invenimus, qua statuatur, totum diem adjectum arbitrio solventis seu debitoris tribui. Imo, contrarium videtur elici ex II. II., l. 14. 15. & 17. *tit. 11. P. 5.* Cæterum cum non sit de intentione, ne legum *Partitarum* corrigere, Romanorum jus quando id non expriment, sed potius debeant, per ipsum suppleri, intelligi, & limitari, ut monet Greg., Lop. in *gloss. 10. l. 10. tit. 5. P. 5.* maxime quando jus Romanum non solemnitate, sed æquitate nititur, ut in præsentia: crediderim etiam apud nos, cogi debitorem ad solutionem, non posse, nisi finito die in quem obligatio contracta fuit, hocque etiam innuere videtur, l. 35. d. tit. 11. P. 5. Idemque visum Ant. Torres, dum in *hoc textu* jus Romanorum intactum, reliquit: Antonius autem Gom., nimium distinguit *lib. 2. var. cap. 21. num. 27.*

### TEXTUS.

#### De die adjecto perimendæ obligationis causa.

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

COM-

### De verborum obligationibus.

#### COMMENTARIUS.

I **A**gitur *hic* de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque, ea conventionem non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione submoveri. Affertur autem pro exemplo casus iste: *“Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?”* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, l. 8. §. 23. *de transact. l. 12. §. 6. quand. dies leg.* Deinde, in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quominus statim nascatur obligatio & actio, arg. *hujus §. 3. l. 56. §. 4. hoc tit.* ac proinde initio cuiusque anni decem tanquam pure promissa recte peti possunt. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantum deberi, non sæpius.

2 Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi an-

nus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, l. 42. *hoc tit.* Aliud quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum a te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisionum annorum pensionibus præstares; hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, l. 40. *de reb. cred.*

3 Oportet autem *hic* animadvertere, multum differre stipulationem in singulos annos a simili legato. Legatum annuum multiplex est, l. 10. *quand. dies leg. l. 11. de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, l. 4. d. tit. Sic itaque jus est, cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad heredem ejus legatum illius anni transeat: sequentium vero annorum legata conditionalia existimantur, iisque inesse videatur hæc conditio: *“Si legatarius vivet,”* ejusque tantum anni legatum transmittatur, quo legatarius vixit: sufficit tamen ut in anni ingressu vixerit legatarius, l. 4. l. 8. *de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, l. 11. d. tit.

4 Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, l. 16. §. 1. *hoc tit.* ut tamen sit plurimum pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum,

rum, l. 58. de fidejuss. Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, l. 35. §. ult. de mort. ca. don. l. 78. hoc tit. Cujus differentiae hic effectus, ut si, verbi causa, servus, cui annum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, l. 12. §. 1. quand. dies leg. quod secus esse dicemus in annua stipulatione, d. l. 78. & d. l. 35. §. ult.

5 Deinde stipulatio annua semper est perpetua, adeo ut quamvis stipulator expresserit quoad vivam, duret ipso jure post ejus mortem: exceptio tamen hoc casu promissori competet adversus heredem stipulatoris, ut dicitur in hoc §. Ratio hujus discriminis est, quia qui contrahit, & sibi & heredi contrahere intelligitur, l. 9. de probat. legata vero intuitu solius legatarii relinquuntur, l. 9. pro soc. unde nata alia differentia, de qua in §. seq. num. ult.

6 IN HISPANIA l. 15. tit. 11. P. 5. distinguit casum, quo quis rem promittit additis his verbis: Cada año, ab eo, quo promissio facta est sub his aliis: En todos los años. In posteriore vult diem venire, id est, rem peti posse in initio cujusque anni: in priore finem expectandum.

### TEXTUS.

#### De conditione.

4. Sub conditione stipulatio

(1) L. 14. tit. 11. P. 5.

fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio, veluti: Si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? Si quis ita stipuletur: Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? perinde erit ac si stipulatus esset cum moreretur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri; eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit (1).

### COMMENTARIUS.

I Hactenus dictum de stipulatione pura & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est Adjectio, qua in futurum eventum incertum, quod dari aut fieri volumus, suspenditur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. pen. infr. eod. (2): & quas certum est omnimodo extituras esse, veluti si stipuler mihi dari, si morieris, si Calendis sol orietur, l. 79. de cond. & dem. pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quidquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem

(2) L. 2. tit. 4. P. 6.

### De verborum obligationibus.

nem facit conditionalem, l. 99. §. 1. l. 108. hoc tit. Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sunt casuales seu fortuitæ: Quæ scilicet a solo casu dependent, veluti: Si Titius Consul factus fuerit, vel non fuerit. Quædam potestativæ sive arbitrariæ: Quarum impletio in potestate reorum est, ut: Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis. Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut: Si Mæviam uxorem duxeris (1). Dux omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, l. 7. hoc tit. §. impossibilis 11. infr. de inut. stip. & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, l. 46. §. ult. d. l. 108. §. ult. hoc tit.

2 Cum in casum differtur obligatio] Atque ideo, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, l. cedere 213. de verb. sign. (2). Differtur autem obligatio in casum, non tantum conditione conventionis expressa, ut in exemplis hic propositis, sed etiam intellecta seu tacite comprehensa: quod ex rebus ipsis intelligitur, puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationi adjectus fu erit, qui an extiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata, ut in hac conce-

Tom. II.

(1) L. 1. d. tit. 4. P. 6. in fin.

(2) L. 12. tit. 11. P. 5. in fin.

ptione: Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes? l. 6. de legat. 1. l. 85. de legat. 3. item in hac: Quod patrem meum debere constiterit, dare spondes? l. 122. §. 4. hoc tit. vel ex rei promissæ natura, veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, l. 73. hoc tit. item promissio dotis, cui inest hæc conditio: Si nuptiæ sequantur, l. 21. de jur. dot. Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse (3).

3 Committatur stipulatio] Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit, l. 115. §. 1. & 2. hoc tit.

4 Si in Capitolium non adscendero] Jurisconsulti cum de conditionibus tractant, creberrime his exemplis utuntur: Si in Capitolium adscenderis, aut: Si in Capitolium non adscenderis. Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant, Tacit. lib. 14. cap. 61. Ex in Capitolium scandunt, Deosque tandem venerantur. Plin. in paneg. cap. 5. Tibi ascendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit. Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit D. Duar. 1. disp. 15.

Y

(3) L. 1. tit. 4. P. 6. l. 20. d. tit. 11. P. 5.

5 *Ac si stipulatus, cum moreretur* ] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse; ut ecce, si hoc modo, stipulatus fuero: *Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dari spondes?* non nisi præterito biennio recte petam, l. 99. §. 1. *hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio a conditione incipiat, veluti si sit ita cautum: *Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quam si Pamphilus desiisset posse dari, l. 115. §. 2. *eod.* Dixi, si stipulatio dandi a conditione cœpit: nam si non a conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta: *Pamphilum dari spondes?* *si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, d. l. 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio: *Dabis, si in Capitolium non adscenderis?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse, d. l. 115. §. 1. (1). Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collata fuerit, ut in exemplo hic propositio, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu heres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere heres stipulatoris.

6 In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque, desiderante legatario, statim representari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit, si contra fecerit, rem una cum fructibus restitutum (2): quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta, l. 7. l. 18. l. 79. §. 2. *de cond. & dem.* Quæ vero ratio est, quod hæc cautio in legatis & hereditatibus admissa, in contractibus non item? Nimirum, quia voluntati testatoris satisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione: *Si in Capitolium non adscendero*, satis aperte hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius heres; & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed, illo mortuo, heres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, l. 99. *hoc tit.* Aliam rationem reddit Anton. Fab. 2. *conject.* 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi interciderent:

(1) L. 15. tit. 11. P. 5. in fine.

(2) L. 7. tit. 4. P. 6. in fine.

quam & olim Porcius attulit & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hereditatibus valere potest; in legatis falsa est: quippe cum, ut ad heredem legatum transferatur, sufficiat, moriente legatario diem legati cedere, l. ult. *de cond. inst.* Gomez 2. *resol.* 11. num. 37. Cujac. 14. *obsero.* 22.

7 *Ac si cum moreretur* ] Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum: *Si Capitolium non adscendero, dare spondes?* &: *Dabis, cum moriar?* in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cætera sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est, non actionem tantum, sed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non recte agatur, præsens tamen obligatio est, l. 17. *de cond. ind.*

8 *Tantum spes est debitum iri* ] Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihil dum debeatur: ea impleta perinde habetur, ac si ab initio pure debitum fuisset: deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio, l. 26. *de cond. inst.* l. 8. *de per. & com. rei vend.* (1). Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est, id quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte solvi, ac proinde, si pendente conditione solutum sit, repeti posse, d. l. 16. *de cond.*

(1) L. 12. tit. 11. P. 5. in fine.

(2) L. 32. tit. 14. P. 5.

*ind.* (2). Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

9 *Eamque spem in heredem transmittimus* ] Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio committitur, ut aut heres stipulatoris agere, aut heres promissoris conveniri possit, §. *pen. infr. de inut. stip.* l. 57. *hoc tit.* (3). Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab herede aut contra heredem incipere. Nam conditio existens retrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, d. l. 8. *de peric. & comm.*

10 *Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque, mortuo ante eventum conditionis legatario ad heredem ejus nec spem ullam transmitti?* l. 4. l. 5. §. 2. *quand. dies leg.* l. *unic.* §. 7. *C. de cad. toll.* Cur, inquam, cum tam ex causa legati conditionalis, quam ex simili stipulatione spes sit debitum iri, non æque spes illa transmittitur in heredem legatarii, atque in heredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cum beneficia suprema voluntate ob merita pleurumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, l. 9. *pro soc.* existimandum est,

Y 2

(3) L. 14. tit. 11. P. 5.

te-

testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam heredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quam ad rem familiarem respicitur, creditorque quisque eo animo esse, ut non tantum sibi, verum etiam heredibus suis prospectum velit, *l. 9. de probat.* (1). Add. Gomez 2. *resolut.* 11. num. 12. Adhæc, contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsentii vires accipit, *l. 26. de stip. serv.* argumento est, quod jam ab initio hæctenus personas contrahentium adstringit, ut alteri invito altero: non liceat ab eo recedere, *l. 5. C. de oblig. & act.* Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibusdam causis haberi, *l. 10. l. 54. de verb. sign.* in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est, *l. 42. de oblig. & action.* Cujac. in *d. l. 10. de verb. sign.*

## TEXTUS.

## De loco.

5. *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti: Carthagini dare spondes? Quæ stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam (2). Et ideo si quis Romæ ita stipuletur: Hodie Carthagini dare*

(1) *L. 11. tit. 14. P. 3.*

spondes? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

## COMMENTARIUS.

I *Hujus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem ageremus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura puræ sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationi insertus est.*

2 *Re ipsa dilationem habet*] Cum stipulamur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Ephesi, stipulatio verbis pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit: nam alioqui præstatio fit impossibilis, *l. 137. §. 2. hoc tit.* Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d. l. 137. §. 2.* nimirum totam eam rem ad Judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis, pro locorum distantia, ætatis, sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfamil. conficere possit, quod facturum se promissit.

## TEXTUS.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. *Conditiones, quæ ad præsens.*

(2) *L. 13. d. tit. 11. P. 5.*

*sens vel præteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: Si Titius Consul fuit, vel: Si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint (1).*

## COMMENTARIUS.

I *Conditiones, quæ ad præsens*] Hæ orationes: *Si Titius Consul factus est: Si Mævius vivit*, & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, si falsæ; pure, si veræ. Pugnans autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *l. 69. de her. inst. l. 39. de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus, esse quasdam conditiones *secundum esse*, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur; quasdam *secundum dici*, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad

(1) *L. 12. d. tit. 11. P. 5.*

præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est exituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari: *Si Titius morietur, l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seqq. de cond. ind.* Nec magis proprie conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit, sed perimit; partim quia eventus jam antea certus est, nempe quod conditio nunquam sit exitura.

2 *Nihil valet stipulatio*] Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio: *Si Mævius vivit*, falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *l. 37. de reb. cred.*

3 *Quæ per rerum naturam certa sunt*] Dummodo jam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus licet non omnibus sciantur, *l. 38. de reb. cred.* Unde apparet non recte cum casu hic proposito comparari casum *l. 28. §. ult. de jud. & l. 3. si pars her. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint; ut merito in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura sunt, *d. l. 28. §. ult. de judic.* quanquam in specie illius proposita variasse Jurisconsultos, constat ex *l. 30. §. 6. de adq. her.*

TEX-

## TEXTUS.

Quæ in stipulatum deducuntur.

7. *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri (1). Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adijci pœna debet: Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda: Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes (2)?*

## COMMENTARIUS.

I **nsignis hic locus** est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, *l. 75. §. quæ 7. eod.* non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat; aut si fiat, in-

certum quale sit: sed multo magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quadam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id, quod interest, cujus quantitas est incerta, *l. 68. eod.* & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere; quod hic monet Justinianus, & Venulejus *l. ult. de præst. stip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus, quia utilis est.

2 In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quandiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet, non ante agi posse, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod promissum est: sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promissit, liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi id quod interest, *l. 72. l. 84. hoc tit.* ut tamen quandiu lis nondum contestata est, placeat, promissorem paratum præstare, quod promissit, adhuc audiendum esse, & faciendi liberari, *d. l. 84. (3).* Nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ a Celso adolescente scriptum memorat Paul. *l. 91. §. 3. hoc tit.* facultatem offerendi moram amissam summo jure, ex bono & æquo

æquo recipi moræ purgatione. Sed animadvertendum est, quod ubi jam cœpit mora fieri in opere inchoando, potest stipulator agere ut æstimetur, quod in illo intervallo effici potuit: ita tamen, ut si transacto tempore, quo opus consummare oportuerit, ædificetur, liberetur reus sive promissor, *l. 137. §. 3. d. l. 72. hoc tit.*

3 Cæterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu: *Quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant, qualia sunt: Romam ire: Tabulam pingere: Insulam ædificare: Fossam fodere;* cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam veteres utuntur. At si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam pro facto habendum puto, arg. *l. 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, *l. 11. §. 2. de act. empt.*

4 *Vel non fieri*] Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quæ continet, quod est in non faciendo, veluti: *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat &c. l. 2. §. pen. hoc tit.* quanquam hæc alibi, ut opposita, distinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Hujusmodi vero stipulationes nunquam ali-

ter committuntur, quam si quid factum sit contra quam cautum est, *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. 1. eod.* & ideo necesse est committi in id quod interest.

5 *Optimum erit pœnam subjicere*] (1). Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita a Paulo in *l. 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. At quomodo hac ratione efficitur, ut stipulatio sit incerta? Nimirum, quia id ipsum, quod interest est, incertum, *l. ult. si quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. l. 68.* vult intelligi, & patet, quia nihil est aliud quam: *Quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, l. 13. rat. rem hab.* quod quam incertum, & difficile sit probatu, nemo non videt.

6 Cum autem id, quod in vero est, probari non potest, illud incommodum sequitur, quod id quod interest, ad minimam summam deducatur, *l. ult. de præst. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurrere potest pœnam stipulationi subjiciendo, nemo non fatebitur, optimum esse, si quis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur.

Nam.

(1) *L. 12. tit. II. P. 5.*

(2) *L. 35. eod.*

(3) *D. l. 35.*

(1) *L. 34. d. tit. II. P. 5.*

Nam pœnæ stipulatio certa est & a re ipsa, & a probatione. Neque vero hic pœnam promissor effugit paratus præstare quod interest (1): nam ex conventionne pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest: nec amplius quæritur, an & quanti intersit, sed an tantum pœnæ nomine promissum sit, l. 38. §. 17. hoc tit. §. 18. *infr. de inut. stip.*

7 Illud non ineleganter quæritur, an per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per l. 10. §. 1. de pact. l. 122. §. 2. hoc tit. & maxime postquam effectum est constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam si id nominatim convenierit, l. ult. C. de novat. (2). Quamobrem utrumque in proposito deberetur, & res aut id quod interest, & pœna: quanquam alterum duntaxat peti potest, l. 4. §. 7. de dol. mal. exc. (3). Hoc amplius, qui pœnam consecutus

est, recte adhuc petet, quod pluris sua interest, l. 28. de act. empt. l. ult. §. ult. de eo per quem fact. erit &c. Quod si coërcendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni inserta clausula: *Rato manente pacto*, & res ipsa peti poterit, & præterea pœna, l. 30. de recept. l. 16. de transact. l. 17. C. eod. (4). Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari, quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, l. 44. de usur. l. 1. C. eod.

8 IN HISPANIA stipulatio pœnalis adjecta promissioni certæ quantitatis in fraudem usurarum facta præsumitur, & non tenet, si stipulator fuerit sollicitus credere sub usuris: si autem hac macula aspersus non fuerit, stipulatio valebit, & debitor non solvete committetur pœna, l. fin. tit. 11. P. 5.

## TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

### DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

*Dig. Lib. 45. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 40. Nov. 99. (5).*

I IN duobus reis, quos Ulpianus l. 3. §. 3. de lib. legat. conreos appellat, si seque-

remur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur de his ageretur

(1) D. l. 35. tit. 11. P. 5.

(2) L. 15. tit. 14. P. 5.

(3) L. 34. d. tit. 11.

(4) D. l. 34. vers. Fueras ende.

(5) L. 1. tit. 16. lib. 5. Recop.

### De duobus reis stipulandi, & promittendi. 177

separatim. Nunc autem, quia in his aliquid singulare est, quod a jure reliquorum stipulatorum & promissorum longe dissidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur; quod & factum est in D. & C. Reus a re, id est, lite dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero lib. 2. de Orat. cap. 34. Reos appello, inquit, non modo eos, qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur. Gallus Ælius apud Festum: Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est. Pomponius l. 5. de verbor. oblig. Conventiones (stipulatione) sunt, quæ ex conventionne reorum fiunt. Et quanquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipue judicio agitur, utpote cui soli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus; nec solum reum promittendi, debendi, satisfaciendi; verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus; ut passim in tit. hujus argumeati.

#### TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt.

*Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: Spondeo, ut puta cum duo-*  
Tom. II.

bus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: Utrique vestrum dare spondeo. Nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Mævi, decem aureos dare spondes? & Seji, eosdem decem aureos dare spondes? si respondeant singuli separatim: Spondeo.

#### COMMENTARIUS.

I **ET** stipulandi & promittendi] Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, l. 1. hoc tit. Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator; reus promittendi, qui suo nomine alteri rei promisit. Cæterum ut duo rei fiant, conjunctis eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, l. 6. §. ult. l. 12. pr. hoc tit.

2 *Stipulandi ita*] Duos reos stipulandi hoc modo recte definiemus: Qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quavis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eandem stipuletur, ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente ut una utrique debeatur.

3 *Nam si prius Titio*] Hoc tamen non ita præcise accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita nunquam constitui intelligantur, cum singulis separatim in-

interrogantibus promissor etiam separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & sponderunt, *l. 3. in fin. hoc tit.*

4 *Duo rei promittendi*] Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum: *Quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. §. 1. infr. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus distinguatur a fidejussore.

5 Post constitutionem Justiniani, *nov. 99. cap. 1. unde auth.* Hoc ita *C. hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constitutum) facti intelliguntur, quam si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneretur (1): quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculosum existimavit.

#### TEXTUS.

De effectu hujusmodi stipulationum.

1. *Ex hujusmodi obligationi-*

(1) *L. 1. d. tit. 16. lib. 5. Recop.*

*bus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur; & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, & omnes liberat.*

#### COMMENTARIUS.

I **I**N causa plurium reorum, etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum active & passive consistit. Unde existunt duo obligationis duorum reorum propria, quæ *hoc §.* commemorantur.

2 *Solidum singulis debetur, & singuli in solidum*] Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde & illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit.* Cæterum circa reos promittendi *novella Justiniani constitutione de reis promitt. 99.* vetus jus hætenus mutatum videtur, ut jam unus e duobus debendi reis in solidum a creditore conventus petere possit, ut divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter

ter cum effectu cum eo agi possit, quam si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo (1), aut ille beneficio divisionis renunciaverit (2).

3 *Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem*] His verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Idemque quod de solutione dicendum de aliis modis quibus obligatio tollitur, *infr. tit. 30. hujus lib.*

4 Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l. 10. hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. 32. §. pen. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quod facile evenire potest, si unus pure, alius in diem debeat juxta *§. seq.* quæ fusius explicantur a D. Donello ad *tit. C. de duobus reis, cap. 7. & 2. seqq.* Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit, etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit. Cæterum æquius & benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotio-

rum gestorum) accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l. 2. C. hoc tit.* Ita visum Interpretibus communiter, & sæpe judicatum est, testibus Anton. Fab. *C. sup. hoc tit. defn. 1. Christia. volum. 3. decis. 214. & volum. 4. decis. 178.* Contra quam tamen sententiam disputat idem Anton. Faber *11. conjeç. 6. & seqq.* Sane *d. l. 2.* commode accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat Burt. in *l. reos 11. hoc tit. n. 9. Wesembec. parat. eod. n. 7.* Concludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, arg. *d. l. 11. hoc tit. l. 62. ad leg. Falcid. l. 34. §. 1. de solut.*

#### TEXTUS.

De stipulatione pura & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.*

#### COMMENTARIUS.

I **D**UO rei debendi ita constitui non possunt, ut

Z 2  
(2) *L. 70. tit. 18. P. 3.*

(1) *L. 10. tit. 12. P. 5.*

res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. 15. hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter culpam præstet, alter non præstet, *l. 9. §. 1. eod.* At vero ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est; sed potest alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florentino in *l. 7. eod.* refert hic Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ ve-

ro a modo & tempore est imparitas, ea veniente die, aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem. Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quominus duorum reorum contracta obligatio, & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l. 9. §. ultim.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento.

## TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

### DE STIPULATIONE SERVORUM.

*Dig. Lib. 45. Tit. 3.*

#### TEXTUS.

#### An servus stipulari possit.

*Servus ex persona domini jus stipulanti habet (1). Sed & hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facti acquiritur.*

#### COMMENTARIUS.

I Quod a servo aut cum servo gestum est, id

(1) *L. 7. tit. II. P. 5.*

ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *l. 32. de div. reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur.

2 Hereditas in plerisque personæ defuncti vicem ] Quomodo hereditas dicatur repræsentare personam defuncti, exposuimus *sup. §. 2. de her. inst.* Ait, in plerisque, nimirum quia quædam sunt, in quibus hereditas vice personæ fungi non potest, quæ proinde nec hereditati per servum hereditarium acquiri queunt: qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant: hæc enim constat, in rem inanimum, qualis est

est hereditas, non cadere. Hujus generis res est hereditas; etsi enim servus hereditarius recte heres instituitur, tamen quia sine jussu domini hereditatem adeundo nihil agit, heres expectandus est, *l. 10. §. 1. l. 61. de adq. rer. dom.* Ejusdem generis est ususfructus: ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l. 61. l. 1. §. 2. quand. dies ususfruct. leg.* & ideo servus hereditarius inutiliter ususfructum stipulatur, *l. 26. hoc tit.*

#### TEXTUS.

#### Cui acquiritur.

I. Sive autem domino (1), sive sibi, sive conseruo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

#### De stipulatione facti.

2. Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat: ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

#### De servo communi.

3. Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione domini acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est; tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

H tres §§. interpretem non desiderant, & sat inutiles.

## TITULUS DECIMUSNONUS.

### DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

I PRæcessere duæ stipulationum divisiones, quarum prima ducta est a diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, §. 2. *sup. de verb. obl.* altera a diversitate materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, §. *ult. d. tit.* Profertur hic & tertia ex *l. 5. eod.* quod aliæ sint judiciales, aliæ prætoricæ, aliæ communes tam judiciales quam prætoricæ, aliæ

(1) *L. 7. tit. II. P. 5.*



aliæ conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema a cæteris differt conventionem, sed quod origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse a causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem, non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias: *Quæ invitis pro auctoritate Prætoris aut Judicis injunguntur*; voluntarias: *Quæ convipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium*; quæ veteribus dictæ sunt *conventionales*, eo quod ex sola conventionem partium fiunt, *d. l. 5. pr. vers. conventionales.*

## TEXTUS.

## Divisio.

*Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoricæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoricæ quam judiciales.*

1. *Judiciales sunt duntaxat, quæ a mero Judicis officio proficiuntur; veluti de dolo cautio; vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.*

## COMMENTARIUS.

I *Quæ a mero Judicis officio] Seu quas Judex*

pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam, nam tum demum Judex quis esse incipit, *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Alio sensu, atque hoc loco judiciales dicuntur in *l. 1. de præt. stip.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit, seu judicii futuri stabilienti causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nunciatio: quæ species sunt prætoriarum. Ulpianus namque in *d. l. 1. prætorias stipulationes subdividit in judiciales, cautionales, & communes*: unde quas *ibi* appellat judiciales, & communes, necessum est esse prætoriarum species. Stipulationum judicialium plures sunt species, sed duæ tantum hic afferuntur, de dolo cautio in actione in rem, vel quod metus causa: nam Judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, *l. 20. l. 45. de rei vind.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est.

## TEXTUS.

## De prætoris.

2. *Prætoricæ sunt, quæ a mero Prætoris officio proficiuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ: nam & hæc a jurisdictione Prætoris veniunt.*

COM-

*post litem contestatam instituti judicii promovendi causa.*

## COMMENTARIUS.

I *A mero Prætoris officio] Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis Magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est & l. 1. §. 2. & 4. de stip. præt. cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti, & legatorum servandorum, stipulationes esse prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non caveret, l. 7. de damn. inf. tit. ff. ut leg. nom. sav. & tit. ut in pos. legat.*

2. *Hodie hæc prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam Judices a Magistratu dari desierunt, idemque nunc Judex, qui Prætor seu Magistratus: de quo inf. in pr. de arb. loquimur. Distinguunt vero nunc Interpp. inter officium Judicis nobile, quod est Judicis qua Magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperii sui exercet; & mercenarium, quod est ejusdem, qua Judex & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque prætoricæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt: Quæ extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, l. 4. de jurisd. judiciales: Quæ*

## TEXTUS.

## De conventionalibus.

3. *Conventionales sunt, quæ ex conventionem utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu Judicis, neque jussu Prætoris, sed ex conventionem contrahentium, quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.*

*Hic textus nulla indiget expositione.*

## TEXTUS.

## De communibus.

4. *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo (nam & Prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum Judex, si aliter hæc res expediri non potest), vel de rato stipulatio.*

## COMMENTARIUS.

I *Stipulationes communes sunt: Quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate Prætoris aut Ædilis interponuntur, interdum jubente Judice, l. 5. in pr. vers. communes. Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus l. 1. §. 2. de stip. præt. utramque hanc*

hanc inter prætoria numerat, nimirum ex potiori & eo quod regularare est, rem æriminis.

2 *Rem salvam fore pupillo*] Hæc stipulatio regulariter jussu Prætoris interponitur, nullo interveniente iudicio aut causæ cognitione; & ni caveat tutor, pignoribus captis aut multa inlicita coercetur, *supr. in princ. de satisf. tutor. & curat. junct. §. 3. eod.* Sed finge, debitorem pupilli conventum a tutore, post litem contestatam demum inter moras iudicii cognovisse, non satisfacisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere; utique audiendus erit, arg. *l. 3. C. de tut. qui sat. non det.* & officio Iudicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria Magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur; ea si in iudicium per consequentiam incidant, ad Iudicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. C. de ord. ju l.*

3 *Vel de rato stipulatio*] Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actio-

nem postulante. Hæc itidem regulariter jussu Prætoris, atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse coeperit, eum, qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario, hanc Iudex satisfactionem ab eo exigit. Nam quod dicitur in *l. 40. §. pen. de procur. (1)*, lite semel contestata, procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admittetur, *l. 1. C. de procur.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriarum, post litem contestatam non opponendis, *l. 4. C. de jurisd. l. 13. C. de procur. (2)*: quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus iudicii: cuiusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *l. 24. C. de procur. (3)*.

## TITULUS VIGESIMUS.

### DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

*Cod. Lib. 8. Tit. 39. (4).*

1 **H**actenus visum, quomodo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur.

(1) *L. 9. tit. 3. P. 3.*

(2) *D. l. 9. tit. 3. P. 3.*

(3) *L. 20. tit. 5. P. 3.*

(4) *Tit. II. P. 5.*

Se-

## COMMENTARIUS.

1 **D**ominio nostro subjicitur] Id est, subjici potest.

Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. 73. de verb. obl. (1)*.

2 *Sive mobilis sit, sive soli*] Potuit adjungi *sive ea corporalis sit, sive incorporalis*: nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, §. 1. *sup. de usufr. §. ult. sup. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur, verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ultim. de verbor. oblig. (2)*.

## TEXTUS.

De his quæ non sunt in rerum natura.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio (3).*

## COMMENTARIUS.

1 **H**oc §. & seq. docetur, quibus modis fiat, ut

(3) *L. 21. eod.*

Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen *hoc loco* instituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio *tit. de verb. oblig.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia: & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutilis sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisque; aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ *hoc tit.* explicantur. Ex his autem causis fit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *infr. de except.*

## TEXTUS.

De his quæ sunt in commercio.

*Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.*

Tom. II.

(1) *L. 20. d. tit. II. P. 5.*

(2) *L. 12. eod.*

inutilis sit stipulatio propter id quod in eam deductum est. Quæ res ut perfectius intelligatur, duo hi canones prius nobis observandi sunt. 1. Ut valeat stipulatio, necesse esse, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam & leges possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri, ut ratione materiæ inutilis sit stipulatio: uno si dari fierive naturam aut jure non potest, quod promissum est, l. 35. de verb. obl. (1); eoque pertinet regula juris l. *impossibile* 185. de div. reg. jur. Dum autem in *textu* dicitur: *Aut esse non potest*, particula disjunctiva *aut*, sumitur pro conjunctiva, ut interdum fit, l. 53. de verb. sign. Altero, si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem, l. 94. l. 115. de verb. obl. Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera; quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ commercio sunt exemptæ; quæ stipulatoris sunt propriæ. De primo genere agitur hoc §. de reliquis §. seq. Incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in d. l. 94. & d. l. 115. pr.

2. Quod in rerum natura non est] Primum genus rerum, quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit species. Nam harum rerum

(1) D. l. 21.

aliæ fuerunt, sed desierunt esse; aliæ ne fuerunt quidem unquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ &c. l. 1. §. 9. de obl. & act. l. 69. de verb. obl. Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, l. 103. de verb. obl. §. 4. sup. de legat. nec pecnam eo nomine promissam committi, d. l. 69. (2). Plane si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari posse desierit, aut si is in re præstanda moram fecerit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, l. 83. §. pen. eod. Quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, l. 23. l. 91. §. 3. eod.

3. Hippocentaurum, qui esse non possit] Exemplum rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cic. 2. de nat. Deor. cap. 2. Quis, inquit, Hippocentaurum aut Chimeram suis se putat? Lucret. lib. 5. vers. 878.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo. Esse queat duplici natura & corpore bino.

Ex alienigenis membris composita potestas.

Plinius tamen lib. 7. cap. 3. testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum eodem die interiisse. Et nos, inquit, principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus. Cæterum ut hoc verum sit, tamen

(2) D. l. 21. tit. II. P. 5.

men quia portenta & monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui iidem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte (ut Poëtæ fabulantur) hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt, non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, a quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra, partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

## TEXTUS.

## De his, quæ non sunt in commercio.

2. Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat; vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendentem erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest; & commercium adipisci stipulator potest; sed protinus inutilis est (1). Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus

(1) L. 22. tit. II. P. 5.

supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit; Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? & similia. Quæ enim natura sui domino nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

## COMMENTARIUS.

I Secundum genus rerum, quæ dari non possunt, est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo respectu, qui vel est in rebus ipsis, cum alioqui natura sua sint in commercio, quales sunt, verbi causa, columnæ, marmora ædificiis junctæ: vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeat, cum alii habeant, ut id exposuimus in §. 4. de legat. n. 1. Enimvero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

2. Si rem sacram &c.] Quærum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, l. 83. §. 5. l. 103. de verb. oblig. Quam-

obrem neque hoc casu magis, quam superiore, aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l. 103.* (1): quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura.

3 *Quam humani juris esse credebatur*] Eodem modo mox *quem servum esse credebatur*. Et similiter Cajus *l. 1. §. 9. de oblig. & act.*; An ergo si sciebat stipulator, rem esse divini juris, hominem liberum esse &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba *hic & apud Cajum* expressa videantur. Sed recte Wesembecius respondet, verba ista addita esse propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem æstimatio, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam tum non modo ratione materiæ, verum etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, arg. *l. 31. de oblig. & action.*

4 Sed quid si solas stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat? an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest, deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; siquidem in *locis omnibus*,

ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciat, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hæcenus teneat, ut res ipsæ debeantur, aut peti possint; tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet, emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. l. 62. §. 1. l. 70. de contr. empt. §. ult. infr. de empt. & vend.* Plane si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, dicendum videtur, nomine doli adversus promissorem agi posse.

5 *Cujus commercium non habuerit*] Hic ex integro accommodanda quæ in simili argumento diximus in *§. 4. de legat.* quia legatarius & stipulator similes per omnia sunt; proindeque si stipulator commercium rei habuerit, valebit stipulatio: non alias.

6 *Vel rem suam*] Tertium genus rerum, quæ dari nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, *§. 14. infr. de action.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. 82. de verb. oblig.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sane rem nostram nobis restitui, sum etiam pretium rei

rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. 82.* Sed & rem furtivam dominum a fure recte stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. 29. §. ult. de verb. oblig.* cujus rei ratio petenda ex *d. §. 14. de act.*

7 *Nec in pendenti &c.*] Sequuntur aliquot ampliaciones, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur *hoc vers.* & apud Paulum *l. 83. §. 5. eod.* (1), estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Cætoliana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, arg. *l. 41. §. 2. de legat. 1. l. 29. de div. reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerit separata, *d. l. 41. §. 1.*

8 *Licet initio utiliter &c.*] Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio emptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur; sed etiam si quid recte atque utiliter promissum, postea in talem causam sine facto promissoris devenit, placet, stipulationem extinguere, & dissolvi obligationem, licet ab initio recte contracta sit; utpu-

ta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse coepit sine facto promissoris, placet, eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *l. 51. l. 83. §. 5. vers. nam & cum, de verb. oblig.* (2). Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, a quo non poterant incipere, *l. 11. de servit. l. pen. §. ult. de verb. oblig.* Vide notata sub *§. 14. supr. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris; sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. 83. §. 6. l. 17. de oblig. & action.* rationem diversi juris reddidi sub *§. 6. supr. de legat.* Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l. 41. §. 4. de legat. 1.*

9 *Sine facto promissoris*] *d. l. 83. §. 5.* (3). Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cum res ipsa præstari non possit,

præ-

(1) *D. l. 22. tit. 11. P. 5.*

(2) *Arg. l. 13. tit. 9. P. 6.*

*vers. E si por ventura.*

(3) *L. 18. tit. 11. P. 5.*

præstabitur æstimatio. Idemque est, si mora debitoris id contigerit, per ea quæ nuper diximus §. 1. *hoc tit. num. 2.*

10 *Lucium Titium cum servus erit*] Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum pure inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio: *Illum, cum servus erit, dare spondes?* item: *Eum locum, cum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* Nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali ominis causa istiusmodi stipulationem detestamur; quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. 83. §. 5.* & Pomponius *l. 34. §. 2. de contr. empt.* declarant sub persona liberî hominis sub conditione promissi.

11 Enimvero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolute & natura sua commercio exemptæ sunt: ad eas res non pertinet, quæ cum per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim ea, quæ adibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibemur, cum & sub conditione legari possint, *l. 41. §. 1. de legat. 1.* Sed nec pertinet ad stipulationem rei no-

stræ. Quippe & hanc sub conditione recte stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. 31. l. 98. de verb. oblig.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet, *d. l. 41. §. 2.* aut vitium rei, quod nullum est: potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. 98. de verb. oblig.*

12 Illud ei adversari videtur, quod etiam conditionales stipulationes ex præsentis vires accipere traditur, *l. 26. de stip. serv. & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, l. 78. de verb. oblig.* Sed hoc recte dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res, quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Nam rei, quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur, *l. 213. de verb. sign.* sed tantum spes sit, debitum iri, quam in heredem transmittamus, §. 4. *supr. de verb. oblig.*

### TEXTUS.

#### De facto vel donatione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obli-*

*obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur.*

### COMMENTARIUS.

1 **Q**ui alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l. 3. C. ne ux. pro marit.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat; altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *l. 83. in pr. de verb. oblig.*

2 *Quod si effecturum se*] Aut *securaturum*, ut alius det, promiserit, in tantum tenebitur, quantum ut alter daret, curaturum se promisit, per *l. 83. in pr. de verb. oblig.* & *l. 73. de legat. 1.* quia iste non tam factum alienum, quam suum promittit.

3 Interdum sane qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum* &c. quasi tacite id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse, *l. 14. §. 2. de pec. const.* item si

procurator, de cuius mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem haber.* Similia exempla occurrunt in *ll. 38. 81. & 83. de verb. oblig.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur.

4 **I**N HISPANIA doctrinam hujus textus probat *l. 11. tit. 11. P. 5.* Eam tamen correctam, censemus per *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* ut recte docent Pichar, in *hoc §. a num. 22.* Azev. in *d. l. 2. num. 41.* cum *seq. Ayllon*, ad *Gomez 2. variar. cap. 10. num. 24.* plures laudans, licet ipse Gomez contrarium *ibi* sentiat. Quare attenda *hac lege*, qui alium daturum promiserit, obligabitur tanquam si de se, promississet.

### TEXTUS.

#### De eo, in quem confertur obligatio vel solutio.

4. *Si quis alii, quam ei, cuius juri subiectus est, stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur: Mihi, aut Sejo dare spondes? ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso jure contingat; sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cuius juri subiectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio: sed*

sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est: sed placuit, non plus quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.

## COMMENTARIUS.

I. Quemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens, aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando, aut sibi aut alteri obligationem acquirit, l. 38. §. 17. de verb. oblig. §. alteri 18. infr. hoc tit. Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa; non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest; ut vero alteri detur, nihil interest nostra, d. l. 38. §. 17. Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones, §. pen. sup. per quas person. l. 73. in fin. de div. reg. jur. In summa, ut Paulus scribit: *Quæcunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant* (id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radiceantur), *inanem actum nostrum efficiunt: & ideo, inquit, neque stipulari, neque emere, vendere,*

contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. quæcunque 11. de oblig. & act.

2 Verum hæc cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim, quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille, alter, in quem stipulatio conferatur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quod in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum heredes nostri. Plane enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, hoc text. in pr. d. l. 38. §. 17. Sed & heredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, d. l. 38. §. 12. & §. 14. de verb. oblig. l. avus 33. de pat. nec tantum cum nobis simul & heredibus nostris stipulamur, sed etiam cum heredibus solis: utique jure novo ut actio ab heredibus incipiat, l. unic. C. ut act. ab hered. Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis, & nunquam procurator.

3 *Solutio etiam in extraneam personam* ] Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, ut obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem

sit

## De inutilibus stipulationibus.

sit promissori, etiam alteri solvere, quominus ad hunc effectum utiliter persona extranea inseratur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

4 *Mihi aut Sejo dare spondes* ] Conferri in alium solutio, seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelligitur, si quis disjunctim ita stipuletur: *Mihi aut Sejo decem dare spondes?* ac proinde utilis hæc stipulatio in utriusque persona censetur: in persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, l. 56. §. 2. l. ult. §. 3. de verb. oblig. Sed age consideremus separatim, quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid promissori, quid denique Sejo adjecto; tot enim sunt, ad quos ea pertinere potest. De stipulatore hoc loco, & d. l. ult. §. 3. traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, aperte stipulatur decem solida utrique: nec persona adjecti impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem & actionem acquirat.

Tom. II.

5 Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum recte adjecto, l. 71. de solution. Hoc amplius, etiam invito & prohibente stipulatore, solvendo adjecto liberatur: nimium quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, l. 12. §. pen. de solut. l. 16. de fidejuss. Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Stichio Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini recte solvitur, l. 9. de solut. Stipulatus quis est sibi aut pupillo: placet, promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, l. 11. d. tit. Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipsi creditori solvi videtur, cum nihil intersit, jubeam, te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, l. 59. eod.

6 Quod attinet ad Sejum adjectum, nihil ei debetur; sed tantum ipsi solvi potest, atque ea solutione liberabitur promissor. Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio aperte liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, l. 6. mandat. ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet; & certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat: si quid horum servatum non fuerit,

Bb

pla-

placet, factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor eum Sejo adjecto paciscendo, sive paciscatur Sejus se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam fiat, *l. 10. de solut.* Habet quidem acceptilatio vim solutionis: habet & novatio, omnibus conventio liberandi debitoris causa interposita; sed tum solummodo, cum a creditore proficiantur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus vero creditor non est.

7 Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quæ a stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino recte solvatur, nisi ex voluntate servi, *l. 9. l. 95. § 7. de solut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcunque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjectur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, *d. l. 95. § 7.* & quia adjectus procuratori similis est, nec heredi ejus recte solvitur: quippe cum mandato morte finiat, *l. 55. de verbor. oblig.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas intercidit statu ejus in deteriore causam mutato, *l. 38. de solut.* & etiam lite cum stipulatore contestata, *l. 16. de fide-*

*jussor. l. 57. §. 1. de solut.* Hoc ideo, quia iudicio nova contrahitur obligatio & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *l. 3. §. 11. de pecul. l. 29. de novat.*

8 *Adversus Sejum habeat mandati actionem*] Hoc idem traditur a Scævola in *l. 131. §. 1. de verb. oblig.* & ideo receptum est, quia alia actio deficit & adjectus instar procuratoris est.

9 *Si quis sibi & alii*] Cum stipulor dari decem mihi & Titio conjunctim, dimidia pars seu quinque duntaxat mihi debentur, ut hic ait Justin. quia hæc est vis orationis conjunctivæ, quasi dixissem: *mihi & Titio simul decem dabis?* Quoad Titium vero inutilis est stipulatio, quia alteri stipulari non possumus, & Titius non solutioni, sed obligationi adjicitur. Plane si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, *arg. l. 5. comm. præd. §. ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, *l. 64. de contr. empt.*

10 *Qui tuo juri subjectus est*] Interdum qui verbis alteri stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibi que actionem acquirat: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter inter-

est

est alteri dari: de quo dicemus *infra* sub §. 19. Pertinent huc dominus & pater qui servum & filium in potestate habent, quos placet servo & filio recte stipulari, *hoc text. l. 39. de verb. oblig.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur, & ut in hoc textu dicitur, vox patris tanquam vox filii: servata tamen distinctione peculiorum quam tradidimus *lib. 2. in §. 2. per quas pers.* ut innuunt verba ultima *hujus textus.*

II, IN HISPANIA *hujus textus* sententiam probatam videmus in *l. 7. tit. 11. P. 5.* Cæterum eam quoque corrigit *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* quam in *§. præcedenti* laudavimus. Unde, hodie apud nos, si quis sibi & Titio decem dari stipuletur sive paciscatur, & ipse quinque, & Titius alia quinque petere, poterunt, *Gregor. Lop. glos. 1. d. l. 7. Gomez 2. var. cap. 11. n. 18.* & comm. DD. qui merito, to idem dicendum censent, quando stipulator sibi aut Titio fuerit stipulatus, nisi appareat Titiam adjectum duntaxat esse, executioni sive solutioni: quo casu nulla ipsi quæreretur actio, sed tantum debitori jus esset solvendi ei decem promissa eodem modo ac ex Romanorum jure vidimus *sup. num. 5. & seq. juxta l. 5. tit. 14. P. 5.* *Gregor. Lop. in d. l. 5. & in gloss. 2. d. l. 7. Gom. ubi sup. num. 20.* *Pichar. in §. 4. hoc tit. num. 27.*

, *Azev. in d. l. 2. a num. 37.*

## TEXTUS.

## De interrogatione &amp; responsione.

5. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuerit, non respondeat; veluti si quis decem aureos a te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra; aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas: Præsenti die spondeo. Nam si hoc solum respondeas: Promitto; breviter videbis in eandem diem vel conditionem spondidisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

## COMMENTARIUS.

I AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est, respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in *pr. hujus §.* Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu ser-

Bb 2

va-

vata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latine interrogatus, respondeat Græce, §. 1. *supr. de verb. oblig. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui apte ad interrogatum responderit, *l. 65. §. 1. eod.* Sed & qui ita interrogatus: *¿Dabis?* respondet: *¿Quinti?* recte respondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l. 1. §. 2.* Denique non est necesse, verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur.

2 Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, veluti pro Stichio Pamphilus (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit): sed cum respondetur plus aut minus, placet, non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa, sive certa corpora in stipulatum deducta sunt. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas; aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem; non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel re-

sponsionem excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, discrete scribit Ulpian. *d. l. 1. §. 4. de verb. oblig.* inquit: *Manifestum est, viginti & decem inesse.* Similiter si quis de re una interrogatus, promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Stichio interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat; aut ex converso, de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Stichio & Pamphilo, unum ex his promiserit; non in totum vitiatur obligatio, sed placet, promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit, *d. l. 1. §. 5.*

3 At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quam interrogatus est; quod fit, cum vel simpliciter interrogatus, respondet se daturum sub conditione, vel in diem; vel sub conditione, aut in diem interrogatus, respondet pure, id est, sic ut expresse dicat, se statim daturum; hic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, *hoc text.* Tam autem hoc casu, quam in illo quo plus aut minus quis promittit, quam interrogatus est, valet in totum stipulatio, si diversitas responsionis illico placuerit stipulatori, *d. l. 1. §. 3.* ubi Ulpian. generaliter ait: *Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nec immerito, quia his casibus contrahentes quatenus jam convenerant. Quod

au-

autem ait, *vitiatam esse obligationem*, intelligendum est pro parte duntaxat adjecta quando adjectio seu detractio fit non ratione modi seu qualitatis, sed materiæ seu rei promissæ, ut docet ideam Ulp. in §. 4. *seq. d. l. 1. & modo diximus.*

4 Neque existimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit: *Inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat;* & ad hoc declarandum tali exemplo utitur: *Si quis decem a te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum, quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hæcenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem. Nam cum in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Quare hoc exemplum duntaxat secundum quid comparatur cum altero *huj. text.* in quo diversitas responsionis est ratione formæ, quo in casu in totum est inutilis stipulatio, per *d. l. 1. §. 3.* Plane alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei

promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. 52. locat. Gomez 2. resol. cap. 10. num. 4.*

5 Condicio etiam tunc adjici intelligitur, cum quis de una tantum re interrogatus, disjunctim plures promittit; & e converso detrahi, quando de pluribus disjunctim interrogatus, unam tantum spondet, ut consideranti patebit: quare utroque casu in totum inutilis erit stipulatio, *d. l. 1. §. 3. l. 83. §. 2. de verb. oblig.* In summis vero, etiam hoc modo valet stipulatio, & minor summa debetur, *d. l. 83. §. 3.* Vid. Donel. in *ead. l. 83. §§. 3. 4. & 5. & in l. 29. in fin. eod.* ac Gom. 2. *resol. 10. num. 4.*

6 *Neque enim necesse est &c.]* Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo: *Spondeo*, aut: *Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. 17. *infr.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi prævit, ita respondisse intelligitur.

7, IN HISPANIA *l. 26. cum, seq. tit. 11. P. 5.* idem omnino, non statuunt quod ex jure Romanorum diximus, tam quando responsio incongruens est in interrogationi ratione materiæ seu rei, quam ratione formæ seu qualitatis.

8, Negotium tamen hic quoque, que facessit famosa ac sæpe lauda, data *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.* quæ eadem est cum *l. 3. tit. 8. lib. 3. Ordinam.* quatenus san-

cit,



, cit , eum teneri , de quo ap-  
pareat , ipsum voluisse quoquo  
modo obligari. Hinc recte de-  
ducit Gomez 2. var. cap. 9.  
num. 4. vers. Item quero , te-  
neri in viginti , qui stipulanti de-  
cem , viginti promiserit , insu-  
per habito an diversitas respon-  
sionis placuerit necne interro-  
ganti. Idemque dicendum exi-  
stimat d. num. 4. vers. Quarta,  
de promittente res plures in-  
terroganti de una : ea adductus  
ratione , quod animus promit-  
tentis patet , & in stipulante ne-  
quit considerari dissensus. Ra-  
tio equidem solida , & senten-  
tiæ d. l. 2. apprime consona,  
cui cum locus quoque esse vi-  
deatur , quando stipulanti Sti-  
chum alternative , sive sub con-  
ditione , eundem simpliciter &  
pure promiseris ; vel stipulanti  
unam rem , aliam diversam spo-  
ponderis , utique ex causa lu-  
crativa ( nam ita examinandæ  
hæ quæstiones ) ; censerem , va-  
lidas atque efficaces his casibus  
nascituræ obligationes , quæ te  
ad implenda promissa adstrin-  
gerent. Sed refragatur hic Go-  
mez d. num. 4. verss. Secun-  
da : Tertia : Quarta : & Quin-  
ta , existimans deficere consen-  
sum partium , quem nos adesse  
putamus , qualem in prioribus  
exemplis agnovit ipse Gomez :  
eadem enim utrobique ratio. Sa-  
ne laudata l. 2. quolibet con-  
sensu contenta est , etiam in  
absentem collato. Gregor. Lop.  
scrupulosus est custos dd. ll.  
Partitarum 26. & 27. dum in

(1) L. 6. tit. II. P. 5.

, glos. 5. l. 26. sustinere conten-  
dit , integram earundem sen-  
tentiam adhuc vigere post præ-  
dictam l. 2. Recop.

### TEXTUS.

De his , qui sunt , vel ha-  
bent in potestate.

6. Item inutilis est stipula-  
tio , si vel ab eo stipuleris , qui  
tuo juri subiectus est , vel si is a  
te stipuletur (1). Sed servus qui-  
dem non solum domino suo obli-  
gari non potest , sed ne quidem  
ulli alii ; filii vero familiarum  
aliis obligari possunt.

### COMMENTARIUS.

I Qui stipulatur ab eo , quem  
in potestate habet , cu-  
jusve ipse est in potestate , nihil  
agit : cujus rei ratio petenda ex  
eo , quod superius diximus sub  
§. 4. hoc tit. quod dominus &  
servus , pater & filius in iis , quæ  
juris sunt , & domino ac patri  
acquiri possunt , eadem persona  
censentur : nemo autem sibi i-  
psi obligari potest , l. II. de le-  
gat. I. l. 21. §. 3. de fidejuss.  
Hoc accipe quoad producendam  
obligationem civilem , de qua hic  
agitur , sive dominus a servo , si-  
ve pater a filio stipuletur : obli-  
gationem vero naturalem nasci  
argumento est , quod fidejussor  
acceptus tenetur , §. I. tit. seq.  
l. 56. §. I. de fidejuss. Sed si  
servus a domino , filius a patre  
stipuletur , placet nec fidejusso-  
rem

### De inutilibus stipulationibus.

rem acceptum teneri , d. l. 56.  
§. ult. Et an igitur hoc poste-  
riore casu ne naturalis quidem  
obligatio nascitur? Omnino na-  
scitur , l. 64. de cond. ind. sed  
hic fidejussor acceptus ideo non  
tenetur , quia si qua hic esset fi-  
dejussoris obligatio , ea acquire-  
retur domino aut patri , qui de-  
bitores sunt : contra naturam ve-  
ro obligationum est , ut hæ ac-  
quirantur debitoribus.

2 Filii vero familiarum aliis  
obligari possunt ] Inter servum &  
filiumfamil. hoc interest , quod  
servus non tantum domino , sed  
nec ulli alii ex contractu civili-  
ter obligari potest , l. 14. de  
oblig. & act. (1). Filius autem fa-  
miliæ extra patrem & causam  
mutui tanquam paterfamil. omni-  
bus aliis obligatur , l. 39. eod.  
tit. (2). Vid. infr. tit. quod cum  
eo , qui in alien. potest.

### TEXTUS.

De muto & surdo.

7. Mutum neque stipulari,  
neque promittere posse , palam  
est : quod & in surdo receptum  
est , qui & is , qui stipulatur,  
verba promittentis , & is qui  
promittit , verba stipulantis au-  
dire debet. Unde apparet , non  
de eo nos loqui , qui tardius ex-  
audit : sed de eo , qui omnino  
non audit.

I Doctrina hujus §. clara  
est.

(1) L. 5. tit. 12. P. 5.

(2) Arg. l. 7. tit. 2. P. 3. &  
l. 22. tit. 11. lib. 5. Recop.

2 , IN HISPANIA l. 2. tit. II.  
P. 5. principiis juris Romano-  
rum inhærens expresse probat  
doctrinam hujus textus. Faten-  
dum tamen est cum Pichar.  
hoc §. num. 13. correctam esse  
celebri l. 2. tit. 16. lib. 5. Re-  
cop. quæ , ut diximus sup. §. 5.  
hoc tit. quolibet consensu in  
quemcunque collato contenta est  
ad inducendam obligationem.  
Mutos enim & surdos consen-  
sus esse capaces traditur in ipsa  
l. 2. tit. II. P. 5. & omnibus  
notum est. Consensum autem  
manifestare queunt capite , hu-  
meris , aliove modo , quod uti-  
que sufficere ex mente d. l. Re-  
cop. ibi : O en otra manera,  
probat Gregor. Lop. in gloss. 4.  
laudatæ l. 2. tit. II. P. 5. Hæc  
autem intelligenda non sunt de  
mutis & surdis a nativitate , qui  
cum sententiam actus intelligere  
nequeant , obligationes istæ ad  
eos non spectant , Gomez 2. var.  
cap. 14. num. 29. Azeved. in d.  
l. 2. Recop. num. 2. & 3. Mo-  
nendum tamen est , hanc obli-  
gationem non futuram verbo-  
rum , cum verba deficient ; vi-  
cem tamen ejus sustineret.

### TEXTUS.

De furioso.

8. Furiosus nullum negotium  
gerere potest , quia non intelli-  
git quod agit (3).

COM-

(3) L. 4. tit. II. P. 5. reg. 4.  
tit. 54. P. 7.

## COMMENTARIUS.

I **N** eadem causa cum furioso de quo agitur in hoc text. est & prodigus, verum cum de eo obligando agitur duntaxat: in acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, l. 1. §. 12. de oblig. & act. At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur, non magis quam furiosus, l. 6. de verb. oblig. neque alio pertinet comparatio furiosi & prodigi in l. 40. de div. reg. jur.

## TEXTUS.

## De impubere.

9. *Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest (1). Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiae proximus est, non multum a furioso distat, quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiae propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi.*

(1) D. l. 4. tit. 11. P. 5.

*Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.*

## COMMENTARIUS.

I **P**upillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se aliis, quam alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, l. 9. de auct. & con. tut. qua de re dictum sup. tit. de auct. tut. Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint, postea intelligetur.

2. *Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus. Est infans; est infantiae proximus; est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos: atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 5. de div. reg. jur. At enimvero sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans: Qui minor est septem annis, d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal. (1). Etsi enim qui septem annos nondum*

ma-

(2) D. l. 4.

## De inutilibus stipulationibus.

natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur non intelligit. Proximus infantiae dicitur, qui septennium nuper superavit. Macrobius 1. in Somn. Scip. cap. 6. Anno septimo plene absolvitur integritas loquendi.

3. Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum: tum quia id jure expresse definitum non reperitur, tum quia in eo definiendo mire variant Interpretes. Accursius ad hunc locum, & in l. 1. de novat. censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiae proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic sit proximior, quam infantiae. Itaque pupillum proximum infantiae eum haberi: Qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantiae proximam eam esse: Quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: Quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censent Bart. & Castr. in d. l. 1. de novat. & communis est sententia, quam etiam sequitur Gomez 3. var. 1. num. 57. ubi eam in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam

Tom. II.

sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiae, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & in illa terminus ad quem, & in hac terminus a quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

4. *Infans & infantiae proximus non multum a furioso* ] Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat, ut qui non magis intelligat quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis quam juris est, suppleatur auctoritate tutoris, l. 1. §. 3. l. 32. §. ult. de adquir. vel am. posses.

5. Quod de infante, idem etiam de infantiae proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in l. 9. de adq. vel om. her. dicitur, nihil scire aut discernere: alibi non intelligere quod agitur, l. 1. §. 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv. actum rei non intelligere, l. 5. de div. reg. jur. Cæterum cum & hic & iisdem illis locis proditum sit, eum qui infantiae proximus est & stipulari, & promittere, & hereditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere pos-

Cc

se,

se, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit: comparatio hæc infantis & infantiae proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiae ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major, idemque infantiae proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testatur Jurisconsulti *l. 12. de sponsal. l. 1. §. 3. de adq. vel am. possess. l. 32. §. ult. eod.* (1).

6 *Idem juris, quod pubertati proximi*] Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, *l. 5. de div. reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. 13. de oblig. & act. l. 9. de adq. vel om. her. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiae sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & poenæ capax est pubertati proximus, *l. pupillum III. de div. reg. jur. cum similib.*

(1) *L. 6. tit. 1. P. 4.*

Gomez 3. *resol. 1. num. 57.* & cum infantiae proximus, cum, remoto tutore, de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quaeritur, an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur.

7 De questione quid habendum sit, videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere quod agitur, velle & consentire naturâ potest, neminem dubitare oportet, quin ex conventionione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant *hic textus*, & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantiae proximus separatur a proximo pubertati, quod ille non intelligat quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronunciat, nullum esse eorum animi judicium, *§. 1. supr. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re, de qua *ibi* agitur, dispositione testamentaria, in qua merito major & solidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillarit ætatis cadere posse creditur.

8 Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum)

mum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l. 25. §. 1. quand. dies leg. l. 21. ad leg. Falcid. l. 95. §. 2. de solut.* Idemque & effecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur, *l. 127. de verb. oblig.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, novetur, *l. 1. in fin. de novat.* Deinde, si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, *l. 3. §. 4. de neg. gest. l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* (1).

9 Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Plane quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventionione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6. de compens. l. 10. de obl. & act.* in personam autem pupilli obligatio eundem effectum non habet; inde fit, ut pupillo sine tutoris auctoritate contrahente, sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tanquam ne natura quidem isto modo obligaretur, *l. 41. de cond. ind. l. 59. de obl.*

(1) *L. 4. tit. 11. P. 5.*

(2) *L. 5. tit. 11. P. 5. vers.*

& *act. habita*, inquam, ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus, obligationi vis omnis deducta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioquin accessiones quidemmitteret, aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus *supr. ad rubr. de obl.*

10 Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventionione sua obligentur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio (2). Enimvero si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioquin nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *l. 3. C. de in int. rest. minor.* (3): cui e diametro obstare videtur *l. 101. de verb. obl.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. l.* generalem tantum respectum curatorum & adultorum, tanquam correlatorum, exprimere. Probabilis videtur sententia Tim. Fabri *anniv. disp. 9. verba d. l. 101. puberes sine curatoribus suis &c.* sic interpretantibus, sine curatoribus suis præsentibus, id est, non sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens es-

Cc 2

Otrosi.

sc,

(3) *D. l. 4. in fins.*

se, & statim auctor fieri debeat, l. 9. §. per. de auct. & cons. tut. curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat.

II *Ne auctore quidem patre obligatur* ] Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in l. ult. §. 2. de verb. obl. tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cum pupillus, ex quo dari posse coeperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde nunquam e re impuberis in potestate constitui esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet, nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur e re sua esse obligari, ipse promittat. Plane cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommo-

(1) L. 17. tit. II. P. 5.

dare potest, l. 18. in fin. C. de jur. delib. l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib. &c.

### TEXTUS.

#### De conditione impossibili.

IO. *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit: Si digito coelum attigero, dare spondes? At si ita stipuletur: Si digito coelum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest (1).*

**T**extus iste planus est, & de ejus argumento abunde locuti sumus sup. §. IO. de her. inst.

### TEXTUS.

#### De absentia.

II. *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non praesentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Casarienses Advocatos scripsimus: per quam disposuimus, tales scripturas, quæ praesto esse partes in-*

*indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam, vel per testes idoneos adprobaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.*

### COMMENTARIUS.

I *Inter absentes concepta inutilis est* ] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente, perspicuum est, absentem non magis quam mutum aut surdum stipulationem contrahere posse, l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit. Absentes varie pro loco dicuntur: hic sunt, qui invicem audire non possunt, d. l. 1. de verb. obl.

2 *Propter celeritatem dirimendarum litium* ] Voluit Justinian. ad amputandas lites in l. optimam 14. C. de contr. stip. fidem haberi scripturae, idoneae nempe ad probandum, qua continetur, partes praesentes fuisse, nisi qui contradicit manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel, quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem in instrumento inseri. Debet vero illi probatio, sive per iastrumentum

sive per testes fiat; aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut Judici fidem faciat, per l. 18. C. de probat. DD. ad d. l. optimam 14. C. de contr. stip. Praesumitur itaque vera hujusmodi scriptura.

3 Quæ tamen praesumptio non est juris & de jure, ut loquuntur, cum adversus eam admittatur contraria probatio: sed juris tantum. Atque hanc pro instrumento praesumptionem Interpretes appellant *praesumptionem veritatis*, eo quod verum esse praesumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia praesumptio, quæ dicitur *solemnitatis*, de qua *infr. §. si scriptum 16.*

4 *Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum* ] Facti quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lugduni promississe, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promississe, aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse, l. 23. C. de probat. id verum est, quatenus solum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quanquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum.

5, IN HISPANIA hujus §. integra sententia, duas præcipue propositiones continens, confirmata fuit l. 32. tit. 11. P. 5. At licet posterior ex iis, quæ præsumptionem pro veritate instrumenti statuit, incorrecta maneat, & stabilita quoque appareat in l. 117. tit. 18. P. 3. priorem tamen, quæ inutilem dicit stipulationem inter absentes conceptam, corrigit toties laudata l. 2. tit. 16. lib. 5. *Re. cop.* quæ stipulationes cum patris adæquat, & obligationem inter absentes probat, ibi: *Entre ausentes*, quod & monet Pichar. hic n. 5. & Azev. in d. l. 2. num. 20.

## TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur: Pridie quam moriar, vel: Pridie quam morieris dare spondes? inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris arti-

(1) Arg. l. 12. tit. 11. P. 5.

culum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat (1).

DE argumento hujus §. locuti sumus in §. 35. de legat. idem namque olim jus erat, & nunc est in casibus hic relatis, in legatis, ac in stipulationibus.

## TEXTUS.

De stipulatione præpostera.

13. Item si quis ita stipulatus erat: Si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? inutilis erat stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo inclytæ recordationis in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

## COMMENTARIUS.

I Stipulationes hoc modo aut simili conceptæ: Si navis cras venerit, hodie dare spondes? præpostere dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis. Atque idcirco, tanquam futiles & mani-

fe-

festam contradictionem implicantes, improbatæ apud veteres.

2 Sed cum Leo] Cum præpostere stipulationes in dotibus a Leone admittæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit, aut detrakere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem: posterius Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diem aut conditionis eventum differretur, l. 25. C. de testam. & quemad.

## TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14. Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat: Cum moriar, dare spondes? vel cum morieris? & apud veteres utilis erat & nunc valet (1).

15. Item post mortem alterius recte stipulamur.

DE doctrina hujus §. 14. vide dicta in §. 35. de legat. Ea vero quæ in §. 15. traditur clara omnino est.

## TEXTUS.

De promissione scripta in instrumento.

16. Si scriptum in instrumen-

(1) D. l. 12. tit. 11. P. 5.

to fuerit, promississe aliquem, perinde habetur, atque si in interrogatione præcedente responsum sit.

## COMMENTARIUS.

I PRæsumptio est: una, quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contra id manifeste doceatur, §. 11. *supr. col.* altera, quam appellant *præsumptionem sol matris*, quoniam si de re aliqua, quæ de eas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenire; etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur: tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, l. 30. de verb. oblig. Cæterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, l. 7. §. 12. de pact. Donell. ad d. l. 30. de verb. oblig.

## TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat: Dare spondeo, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his vel quasdam daturum se sponderit, obligatio in iis, pro quibus sponderit, contrahitur (2). Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam

(2) L. 24. tit. 11. P. 5.

*videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari & ad singulas respondere debemus.*

## COMMENTARIUS.

**R**ES plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimentur, veluti: *Stichum & Pamphilum dare spondes?* *Scrvum fugitivum non esse, erronem non esse, furem non esse, spondes?* vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significantur, ut: *Summam illam, aut Acervum illum pecuniæ dabis?* *Quadrigam, aut Familiam, aut Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes, tot videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ: hæc ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, l. 29. l. 86. de verb. oblig. De posteriore specie nullum dubium est, quin promissore simpliciter respondente: *Dabo*, obligatio recte constituta sit. De prioribus autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes, quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cum, ut dictum est, plures hic intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet, unam & hæc responsionem sufficere; quippe simpliciter respondendo: *Dabo*, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, &

quasi prævit, §. 5. supr. eod. Itaque in una illa responsione plures responsiones continentur. Exstat apud Livium lib. 1. cap. 38. deditiois Collatinorum hæc formula: *ꝫ Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Deditimus.*

## TEXTUS.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. *Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest. Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœna stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur: ꝫ Titio dari? nihil agit. Sed si adjecerit pœnam: ꝫ Nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.*

## COMMENTARIUS.

**Q**UI alii dari stipulatur, nihil agit: qua de re dictum copiose, adjectis aliquot cau-

cautionibus, sub §. 4. supr. eod. Cæterum quia sæpe ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur *hoc loco* & apud Jurisconsultum in l. 38. §. 17. de verb. oblig. ratio, qua quod alteri stipulando recta consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certe non minus nobis consulatur. Ea est, ut si qui alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est: sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat id quod promisit, cum si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

2. *Pœnam stipulari conveniet*] *Tria hoc loco & d. l. 38. §. 17. de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum, pœnam utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœna subjicitur, jure non valet. Deinde, pœnam existente conditione, deberi & peti posse, etsi stipulantis non intersit id fieri, de quo cautum erat & cujus non facti nominæ subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo, quantumcunque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. Quæ an vere omnia dicantur, videndum est. Adversus primum obijci potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priore, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela; ideoque priore non consistente & ipsam consistere non posse, cum sine re principali accessioni lo-*

Tom. II.

cus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, l. 61. l. 69. de verb. oblig. Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris, sed æque atque illa principalis est; ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis: cum nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, l. 1. §. pen. eod.

3. Quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti vitandi causa subjecta. Neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod naturâ aut jure præstare non potest, arg. l. 131. de verb. sign. Donell. ad d. l. 69. de verb. oblig.

4. Alteram, quod *hic* discimus, est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest, intellige, cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse, utique ex affectione: sic enim scribit Juris-

Dd

con-

consultus in l. 7. de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest. Respondeo, proprie id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur: *Quantum nobis abest, quantumque lucrari potuimus, l. 13. ratam rem hab.* Non lucratur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusive dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus.

5. Postremum est, quod quantacunque poena fuerit, tanta debeat & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in poenali stipulatione non inspicere quid intersit, sed quæ sit quantitas, ut ostendimus *supr.* in §. ult. de verb. oblig.

6. IN HISPANIA probata est sententia hujus §. l. 38. tit. II. P. 5. junct. l. 7. eod. Sed quæ parte hæc improbat stipulationem alteri factam, corrigitur per famosam l. 2. tit. 16. lib. 5. *Recop.* ut monuimus *supr.* §. 4. *hoc tit.* Insuper, taxatæ sunt l. 10. tit. 6. lib. 4. *For. Reg.* poenæ adjectæ stipulationi, ut nempe duplum non excedat, dum promissio in quantitate non consistit; nec triplum, si in quantitate constitit & ita ut in duplo aut triplo contineatur simplum seu id quod promissum est.

## TEXTUS.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19. Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit, stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare ceperat, cesserit administrationem contutori suo & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit quod sua interest, ne forte vel poena committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.

## COMMENTARIUS.

I Cum ejus interesset] Cum dicimus, eum, qui alii dari stipulatur, nihil agere, ducimus: nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei, in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, in *explicatione* §. 4. *hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus sive exempla proferuntur, quibus is, qui al-

## TEXTUS.

De re stipulantis futura.

21. Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.

## COMMENTARIUS.

I Quemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris, §. 2. *supr. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. 14. *inf. de act.* & translaticium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo pure inutiliter fieret, l. 4. *C. de don. ante nup.*

## TEXTUS.

De dissensu.

22. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris (1).

Dd 2

COM-

alteri dari stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hæc una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, l. 38. §. 20. *de verb. oblig.* cujus exceptionis plurima traduntur exempla in d. §. 20. & *seqq.* & tria in hoc textu, quæ clara sunt; & ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quam nobismetipsis stipulari videmur, l. 118. §. ult. *eod.*

2. IN HISPANIA stipulatio alteri facta utilis est, insuper habito intersit necne stipulatoris, ut sæpe diximus ex l. 2. tit. 16. lib. 5. *Recop.*

## TEXTUS.

De poena adjecta promissioni facti alieni.

20. Vice versa, qui alium futurum promissit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.

## COMMENTARIUS.

I Facti alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *supr.* §. 3. *eod.* Cæterum etiam hæc remedium stipulanti in poena paratum est, qua adjecta, si alius non dederit, feceritve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine recte convenitur.

2. QUOAD HISPANIAM attinet, nec recole quæ diximus *supr.* §. 3. *hoc tit.*

(1) L. 27. tit. 11. P. 5.

## COMMENTARIUS.

**I** Sæpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *l. 1. §. 3. de pact.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *l. 15. de jurid. l. 2. de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de personâ & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *l. 32. de verb. obl. §. 29. supr. de legat. (1).* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omnino non obligatur, per *d. l. 15. de jurid. & d. l. 2. de judic.* Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, *hoc text. l. 83. §. 1. de verb. oblig.*

**2** Quid autem si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia; verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio ætuum fuerit? Placet, hic valere stipulationem, *l. 22. eod.* quamvis emptio non valeat, *l. 9. in fin. cum l. seq. l. 14. in fin. de contr.*

(1) *Arg. l. 6. tit. 9. P. 6.*

*empt.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio, cum utriusque longe minoris æs quam aurum, acetum quam vinum empturus fuisset. Plâne si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *d. l. 14.* Quod si quis in causa promittendi erraverit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l. 36. de verb. oblig.*

## TEXTUS.

## De turpi causa.

**23.** *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se futurum promittat, non valet (2).*

## COMMENTARIUS.

**I** Stipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *l. 26. & l. seq. de verb. obl.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitiosa sunt, in stipulationem deduci non possunt: verum etiam, quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, *l. 61. eod. l. ult. C. de pact. l. 4.*

(2) *L. 38. tit. 11. P. 5.*

**C. de inut. stip. (1).** Quinimo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti, cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abstineas, *l. 7. §. 3. de pact.*

## TEXTUS.

## De morte contrahentium.

**24.** *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte (2).*

**H**ic locus expositus est ad §. 4. *supr. de verb. obl.*

## TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

**25.** *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.*

**D**e argumento hujus §. locuti sumus *sup. §. 2. de verb. oblig.*

## TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

## DE FIDEJUSSORIBUS.

*Dig. Lib. 46. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 41. Nov. 4. (3).*

**I** Obligatur quisque aut proprio nomine sive principaliter, aut nomine alieno sive accessorie, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est: *Cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, §. 6. infr. de*

*mand. Pecuniæ constitutæ reus: Qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. 9. inf. de action.* Fidejussor: *Qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione.* Conjunguntur hi tres in *l. ult. C. de constit. pecun. & nov. 43.* atque in plerisque eodem jure habentur. *Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationis de verborum obligationibus*

(1) *L. 28. tit. 33. eod.*(2) *L. 14. tit. 11. P. 5.*(3) *Tit. 12. P. 5. tit. 16. lib. 5. Recop.*



ideo subjicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, l. 5. §. 2. de verbor. oblig.

2. IN HISPANIA, cum nullo, la noscatur differentia inter pactum & stipulationem, ut notavimus in §. 1. de verb. oblig., etiam solo pacto fidejussores, constituuntur.

## TEXTUS.

## Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit (1).

## COMMENTARIUS.

1. PRO eo, qui promittit, solent alii obligari] Intellige, eo qui promittit, eodemque reo principali manente obligato (2): alioqui & expromissor pro alio obligari recte dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et igitur cum fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris esse accessionem quandam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, pro eo, qui promittit, exempli causa dictum

(1) Princ. & l. 1. tit. 12. P. 5.

est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere posse.

2. Qui fidejussores appellantur] A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, l. 5. §. 2. de verb. oblig. & alibi, quia scilicet ad id quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt; sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur. Qui alienam obligationem in se suscipit, liberato reo; l. 7. §. 8. de dol. mal. cum simil. unde & a fidejussore passim distinguitur, l. 53. de contr. empt. l. 37. in fin. de oper. libert. & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, d. l. 7. §. 8. de dol. mal.

3. Veteres, quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant sponsores. Cicero ad Attic. lib. 1. epist. 8. Tulliola, nostræ deliciole, tuum munus flagitat & me sponsorem appellat. Species sponsores sunt, qui dicebantur prædes, & item qui vades: de quibus vide, si placeat, Festum, & Hering. de fidejuss. cap. 3. num. 43.

4. Ut diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora sponsonum: fideique sunt vincula & firmamenta, l. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. cap. 14.

## TEX-

(2) D. l. 1.

## TEXTUS.

## In quibus obligationibus.

1. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur (1), sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.

## COMMENTARIUS.

1. CUM fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est, statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat, alioqui & hæc non tenebit, l. 6. in fin. & pass. hoc tit. Cæterum dum aliqua sit obligatio, non in totam improbata jure civili aut prætorio, cuiuscunque ea generis sit, tenet fidejussio, l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seq. eod. Clarior hoc apparebit ex enumeratione singularum. Primum, earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest; quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matri-

(1) L. 5. tit. 12. P. 5.

monio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi, constante matrimonio, constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur, l. 1. & 2. C. ne fidejuss. dot. dent.

2. Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, l. 8. §. 5. l. 56. §. ult. hoc tit. utique si ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio: quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum: at pœnæ corporalis nulla est restitutio; & quid proderit fidejussori, reum eandem pœnam postea subire? Postremo, nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, l. 13. ad leg. Aquil. neque justitiæ ratio patitur, eum qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, l. 22. C. de pan. (2).

3. Alia vero quæstio est, utrum reus criminis non usque ad eum atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus

(2) L. 9. tit. 31. P. 7.

conjiendus sit, ut ex vinculis causam dicat; an fidejussores hic recipi possint, non qui poenam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat? Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non stiterint, certa pecunia multentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto Magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui Magistratus arbitrabitur (1). Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *ll. 1. 2. 3. & 4. de custod. & exhib. reor.*

4. Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, *hoc text. l. 6. in fin. l. 7. hoc tit. (2)*; licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest: veluti si pro eo quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. oblig.* Neque obstat, quod Marcellus scribit, eum qui pro prodigo fidejussit, obligari, *l. 25. hoc tit.* Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno: non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est, sed

ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis; quippe qui idem promittens, quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo *fidejubendi* in proposito utens respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem, quæ de facto præcessit, licet contra ullum juris effectum, *d. l. 6. de verb. oblig.* Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo, quamquam alii aliter cum Donell. ad *d. l. 6. in fin.*

5. Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis ut improbatum jure prætorio, & sine re atque effectu inutile, *l. 112. de div. reg. jur.* huc non pertinere. Unde quod in *hoc text.* de obligatione civili dicitur, de civili mixta intelligendum est.

6. *Pro servo quoque obligetur*] Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, *l. 14. de oblig. & act. (3)*. Ac ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut *hoc loco* docet Justinianus; potestque dominus in id quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem a servo accipere, *l. 70. §. 3. eod.*

## TEXTUS.

## De herede.

2. *Fidejussor non tantum ipso obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum (4).*

Do-

(1) *Arg. l. 16. tit. 1. P. 7.*(2) *L. 5. tit. 12. P. 5.*(3) *D. l. 5. tit. 12. P. 5.*(4) *L. 16. tit. 12. P. 5.*

Doctrina hujus text. clara est: quia qui contrahit & sibi & heredi contrahere intelligitur, *l. 9. de probat.*

## TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. *Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest (1).*

## COMMENTARIUS.

I *Et præcedere*] Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l. 6. §. ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, *l. 35. de jud.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quam reus debeat, *l. 57. hoc tit.*

## TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola Divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt liis contestata tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tem-*

Tom. II.

(1) *L. 6. tit. 12. P. 5.*

porè solvendo non sit, hoc cateros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola D. Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

## COMMENTARIUS.

I *Plures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ,* quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenierit, sive non, *l. 3. C. hoc tit.* quippe cum singuli promittant id quod reus debet, & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. 26. hoc tit. l. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult. C. de pec. const.*

2. *Compellitur creditor a singulis*] Etiam si in fidejussoribus

Et

ac-

accipiendis conveniret, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, cum sine hac conventionem idem contingeret, *l. 3. in fin. C. hoc tit.* Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem duntaxat, *l. 26. eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit *hic locus*, & *d. l. 26.* Deinde, non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ, fidejussores actionem non dividi, *l. 43. l. 27. §. ult. eod.* Postremo, hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventionem sua plures fidejussores acceperunt: pluribus fidejussoribus tantum aut curatorum non competere, *l. ult. rem pupill. salu. for.* ubi & ratio additur.

3 *Solvendo sunt litis contestatæ tempore*] Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divi-

sionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l. 10. §. 1. hoc tit.* Altera, cujus *hic* fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. 51. §. 1. eod.*

4 *Si ab uno fidejussore creditor totum &c.*] Si unus ex pluribus fidejussoribus, omissa exceptione beneficii divisionis, solidum solverit, is quidem a debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, *§. 6. infr. eod.* (1). Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel a creditore partem repetere potest, quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l. 39. hoc tit. l. 11. C. eod.*

5 Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut a creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum: sed tunc cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. 17. l. 36. hoc tit.* Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter

in

in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l. 1. §. 13. de tut. & rat. dist.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. 41. §. 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris.

6 Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani *nov. 4. cap. 1.* unde *auth. Præsente C. hoc tit.* quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniat, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor a debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu, fidejussori postulanti spatium temporis a Judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est, fidejussor recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus, & condemnandus est; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Justinian. *d. nov. 4.*

*cap. 1. (1).* Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria, Gomez. 2. *var. cap. 13. num. 14.* plures laudans, ubi communem dicit, & plurimas alias exceptiones adducit, uti & Ayllon in *suis Additionibus ad d. cap. 13. num. 15.* in quo longum catalogum tradit Doctorum qui de his exceptionibus loquuntur. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut & superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l. 3. l. 5. C. hoc tit.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, necne.

7 Illud constat, fidejussores judicio sisti, & judicatum solvi, exceptionem ordinis non habere; quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate Prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, *l. 1. de stip. præat.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. 52. de verb. oblig.* Anton. Fab. *C. suo defin. 5. hoc tit.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit.

8 Quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est, id postulari sole-

Ee 2

re

(1) *L. 11. tit. 12. P. 5.*(1) *L. 9. tit. 12. P. 5.*

re ante condemnationem, l. 10. §. 1. C. hoc tit. Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse obijci post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam. Exceptio ordinis seu excussionis post litem contestatam opponi quoque poterit: quia peremptoriis videretur adnumeranda, arg. l. 56. de cond. ind.

9 Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renunciaverint; renunciando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introducto renunciare, l. pen. C. de pat. Hinc cautio consultorum creditorum usitata Notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis seu excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

10 In HISPANIA non aliter, singuli ex pluribus fidejussoribus, in solidum tenentur, quam si id expressum fuerit; vel ceteri non solvendo tempore litis, contestatæ: alioqui pro rata tantummodo unusquisque obligatur, l. 8. tit. 12. P. 5. quæ expresse de pluribus fidejussoribus loquitur, & l. 1. tit. 16. lib. 5. Recop. quæ de ipsis quoque exaudienda videtur, Azey. in d. l. 1. in fin. Gregor. Lop. glos. 5. d. l. 8. Pichar. in hoc text., num. 17. & alii qui ex his legibus inferunt, nunquam apud nos necessariam esse fidejussori-

bus exceptionem divisionis. Nam, aut expresse cautum est, ut in solidum teneantur singuli, & exceptio non prodest: aut non est cautum, sed simpliciter se obligarunt, & ipso jure divisæ est actio. Antonius Gom. 2. var., cap. 13. num. 15. Anton. Torres hoc text. & Maimò hoc tit., n. 12. laudantes prædictam legem. 8. locum exceptioni divisionis dant eodem omnino modo ac de ipsa ex Romanorum jure sumus locuti. Et sane hæc sententia non male quadrat d. l. 8. Nec Partitarum leges in dubio jus Romanorum corrigunt, ut alibi diximus. Cæterum laudata l. 1. Recop. quæ probabilis de fidejussoribus etiam exaudienda venit, pernitium contrariæ opinioni favet. Lex denique 10. d. tit. 12. P. 5. eis, qui solvendo non sunt, absentes exæquat loquens de pluribus fidejussoribus, qui sese præcipuos debitores constituunt, ac statuens quenquam in solidum conveniri posse, si cæteri absunt.

11 De beneficio autem seu exceptione cedendarum actionum copiose agit l. 1. d. tit. 12. P. 5. statuitque, fidejussorem, qui solidum suo nomine solverit, posse creditorem cogere ut ipsi actiones contra ceteros fidejussores cedat: non item si solverit debitoris nomine. Quando vero simpliciter solverit, non adjecto quo nomine, jure petet cessionem, si statim petat, postmodum non audietur, quasi debitoris nomine hoc casu sol-

, vis-

, visse censeatur. Hæc actionum cessio appellatur apud nos car-ta de lasto. Hujus autem l. 11. sententiam procedere hodie intelligimus eo duntaxat casu, quo plures fidejussores expresse in solidum sese obligassent, vel alter non sit solvendo, aut absens fuerit: utique si vera est, ut nos putamus, post laudatam l. 1. Recop. opinio Gregor. Lop. sententis, ut modo revulimus, aliter obligatos pro rata tantummodo teneri. Si quis enim ex his solidum solverit, partem, quam confidejussores debent, tanquam indebite solvitur, si sciens solvit.

#### TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

5. Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus

enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

#### COMMENTARIUS.

I Cum fidejussores accipiuntur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo stringantur, quam reus principalis, veluti per instrumentum garantigatum seu paratæ executionis, per hypothecam, per jurandum, per poenæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter, Jo. Fab. hic, Gomez 2. resolut. 13. num. 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem recte intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. sup. eod. (1). In causam vero duriores accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quam reus principalis, hoc text. l. 8. §. 7. eod. (2): quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: Fidejussor intensive plus quam reus principalis obligari potest, extensive non potest.

2 Cæterum de illo non satis inter Interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. in d. l. 8. §. 7. omnesque fere Interpretes veteres sentiunt, fidejus-

50-

(1) L. 5. tit. 12. P. 5.

(2) L. 7. eod.

sorem ita acceptum plane non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. 6. *comm.* 6. Fachin. 8. *controv.* 71. Timæus Fab. *disp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem, Gomez 2. *resol.* 13. *num.* 2. Durr. *ad tit. de fidejuss. cap.* 3. Vasq. 1. *illus. quæst.* 40. Hering. *de fidejuss. cap.* 24. *num.* 52. & *seqq.* Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, defiait Ulpianus *d. l. 8. §. 7. hoc tit. eos,* si in durio rem causam adhibiti fuerint: *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplat Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam, plane, prorsus, penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu a nostris usurpatur, ipsove Ulpiano, *l. 26. §. 3. de cond. ind. l. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §. 3. rem pup. salvo. fore.* Id ipsum suadet quod responsum est, fidejussorem in durio rem causam acceptum, contra juris formam acceptum intelligi, *l. 49. in fin. hoc tit.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacunque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit.

3 Nihil admodum pro contraria sententia facit *l. 33. mandat.* Nam, ut recte Glos. & Bart. in *d. l. 8. §. 7.* respondent, non quaeritur *illo loco*, an & quate-

nus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat: sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quam rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in *§. 8. infr. de mandat.* Neque ullum in *d. l. 33.* verbum proponitur, ex quo colligere possis, in amplio rem summam, quam quæ debebatur, mandatarium intervenisse.

4 Non obstat *l. 11. §. 1. de pec. const.* Nam in constituto nulla tantum æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit. Illud majoris momenti est, quod in majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l. 1. §. 4. de verb. oblig.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse, quia scilicet hæctenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l. 1. §. 4.* Jam vero si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hæctenus apte responsum sit; nulla ratio dari posse videtur, cur ob eandem causam in totum vitari debeat accessoria fidejussoris, Resp. Non ideo dicimus in totum vitari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditori promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respon-

spondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus, *d. l. 49. in fin. hoc tit.*

5 Accessio est principalis obligationis] Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali tollatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *l. 43. de solut. l. cum principalis 178. de div. reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod *hic* docemur, ut etiamsi subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen non possit ita obligari, ut plus quam reus principalis debeat: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali. In minus autem fidejussorem obligari, nihil impedit, *hoc text.*

6 Illud in transitu monere visum est, primo temporibus D. Augusti, & mox deinde Claudii, edictis interdictum fuisse, ne feminæ pro viris suis intercederent, *l. 2. ad senat. Vellej.* & postea senatusconsulto Vellejano plenissime comprehensum esse, ne pro ullo intercederent feminæ propter sexus fragilitatem & periculum rei familiaris, *l. 1. in pr. & §. 1. d. l. 2. §. 2. eod. (1).* Cæterum sustinebitur fidejussio, si mulier, quæ pro extraneo inter-

cesserit, fidejussorem suam post biennium ratam habuerit, *l. 22. C. eod. (2)*: non autem si pro viro suo intercesserit, *auth.* Si qua mulier *C. eod.* Sed nec juvabitur auxilio senatusconsulti ea mulier, quæ ipsi renunciavit, *l. ult. §. ult. eod. auth. Matri C. quand. mul. off. tut. (3).* Nec quæ aliquid accepit, ut fidejuberet, *l. 23. C. eod. (4).* Neque illa, quæ callide fuerit versata: quia, ut Impp. Pius & Severus rescripserunt, decipientibus mulieribus senatusconsultum auxilium non est, *d. l. 2. §. 3. eod. (5).*

7 Si maritus & uxor simul in solidum sese obligaverint, non tenebitur uxor, nisi manifeste probetur pecuniam in propriam ipsius mulieris utilitatem expensam fuisse, *d. auth.* Si qua mulier *C. eod. (6).*

8, IN HISPANIA expresse cautum est *l. 7. d. tit. 12. P. 5.* fidejussorem acceptum in majorem summam, quam reus principalis debet, in concurrentem obligari. Cæterum nullas & inutiles pronunciat *eadem lex* reliquas obligationes, quibus fidejussores intenderent durius sese obligare, quam teneret reus, principalis, puta ratione loci, temporis, vel qualitatis seu formæ obligationis. Hasce tamen, omnes fidejussorum promissiones utiles & validas in totum, hodie censerem post latam ceterum lebrem *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. dum statuit validum & ob-*

(1) *L. 3. tit. 12. P. 5.*(2) *D. l. 3.*(3) *D. l. 3.*(4) *D. l. 3.*(5) *D. l. 3. ubi & aliæ exceptiones.*(6) *L. 9. tit. 3. lib. 5. Recop.*

ligatorium esse contractum seu obligationem quoquo modo initum, ibi: *En qualquier manera que parezca que uno se qui-so obligar a otro.*

9, De uxoris vero, quæ simul cum viris suis in solidum sese obligare intendunt, statutum est in *l. 9. tit. 3. lib. 5. Recop.* duntaxat obligari quatenus debitum in earum utilitatem versum fuerit, atque adhuc hoc casu neququam obligari, si utilitas consisteret in rebus, quas viri tenentur eis præstare, quales sunt victus, vestitus, aliæque similes. Validæ tamen simpliciter pronunciantur in *eadem l. 9.* illæ uxorum obligationes, quæ debitum fisci respiciunt, sive uxor sese obligaverit simul cum viro tanquam correa, sive tanquam fidejussor viri. Vide Gomez 2. *variar. cap. 13. num. 16. cum seq. & in l. 61. Tauri* quæ eadem est cum *d. l. 9.* ubi & nonnullas quæstionculas examinat.

10, Præterea *l. 28. tit. 21. lib. 4. Recop.* non aliter agricolis permittit fidejuberem, quam si pro aliis agricolis fidejubeant: prohibetque ulterius renunciationem hujus beneficii, aliorumque plurimorum, quæ *ibidem & in l. 25. eod.* iisdem agricolis conceduntur: quorum hæc sunt præcipua: Primum, ut executio adversus eos obtemperata locum non habeat in bobus, mulabus, aliisque quibuslibet bestiis arationi destinatis; nec in rebus seu instrumentis eidem necessariis; neque in satis, vervactisque

(*sembrados, barbechos*) ex *d. l. 25.* quæ ad ipsos fructus seminales jam collectos, antequam tamen ad horrea deferantur, extendit *laud. l. 28. verbum etenim pan, quo l. ista utitur, de omnibus fructibus seminalibus exaudienda, cum referatur ad verbum sembrados, & in omnibus eadem appareat ratio. Tres autem casus ll. eadem* excipiunt, nimirum, si executio petatur pro solvendis gabellis seu juribus Regi debitis, vel redditibus agrorum locatorum, vel denique in solutionem quantitatis quam ipse domino mutuaverit: quibus casibus, unum duntaxat par seu jugum boum, aliarumve bestiarum executioni vult eximi *d. l. 25.*

11, Secundum, ut non possint in carcerem includi causâ debiti, quod ex delicto non descendat: quæ duo privilegia tanta gratia & benignitate agricolis indulgentur, ut si Judex & creditor executor contra fecerint, per annum ab officio suspendendus sit ille; hic creditum amittat, debitore liberato. Laudatum privilegium secundum voluit *d. l. 25.* ut tantum vigeret in sex ultimis anni mensibus; *lex vero 28.* ad totum annum illud extendit, dummodo æs alienum ab agricolis contractum non fuerit, antequam essent agricolæ.

12, Tertium, ut nequeant ipsi agricolæ obligari pro dominis territorialibus, in quorum vixerint jurisdictione, neque ut rei

rei principales, neque tanquam fidejussores. Quartum, ut non alibi conveniri queant ad æris alieni, quo teneantur, solutionem, quam in sui domicilii foro, quia alterius jurisdictionis Judicibus subjici valeant, ut expressè habetur in *d. l. 28.* Tallionem autem qui contra memorata privilegia instrumentum confecerit, privatione in perpetuum sui officii, puniendum statuit laudata *lex 25.*

13, Sed & nonnulla alia privilegia prædictæ duæ leges agricolis concedunt, quæ ibi videre licet: relata enim duntaxat recensere libuit, quæ scitu dignissima, quia usu frequentia, ne nimis a nostro instituto, & argumentum quod tractamus digrediamur.

## TEXTUS.

## De actione fidejussoris adversus reum.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium (1).

## COMMENTARIUS.

I Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l. 10. §. 11. mand.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus a reo sit, ut fidejuberet, *l. 20. §. 1. d. tit.* aut cum reus præsens esset, passus sit pro

Tom. II.

(1) *L. 12. tit. 12. P. 5.*

se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. eod.* Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *d. l. 6. §. 2. d. l. 20. §. 1.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l. 4. hoc tit.* Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenierit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l. 6. §. 2. (2).*

## TEXTUS.

## Si fidejussor Græce accipiatur.

7. Græce etiam fidejussor ita accipitur, τῆ ἐμῆ πίστει κελύω ἐγώ, id est, mea fide jubeo ego. Sed etsi dixerit, θέλω, sive βούλωμαι, id est, volo, sed ἐφημι, id est, affirmo, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω, id est, dico.

Hic text. nullam continet difficultatem.

## TEXTUS.

## Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcumque

Ff scri-

(2) *D. l. 12.*

scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fuisse, videri omnia solemniter acta.

## COMMENTARIUS.

Doctrina hujus §. omnino consona est §§. II. & 16. tit. præced. in quibus explicuimus præsumptiones veritatis & solemnitatis, quæ pro instrumentis sunt.

## TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

## DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

Cod. Lib. 4. Tit. 30. (1).

## TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur (2).

## COMMENTARIUS.

I. Interdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. ult. sup. de oblig. Litterarum obligatio est: Cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit; remotis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui non recte diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id a Tabulario confectum sit, Gloss. in

in l. 3. C. de non num. pecun. Donell. num. 12. passim cautio a nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, l. 1. & 3. seqq. l. 8. C. d. tit. Exigimus, ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventionem nulla est ex contractu obligatio, l. 1. §. 3. de pact. Exigimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut contentem obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti plane inutiles: quales sunt, quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est, se debere, nulla nominatim expressa causa, propter quam debeatur, l. 25. in fin. de probat. l. 13. C. de non num. pec. In emporiis tamen inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solet. Add. Groenew. de ll. abrog. ad l. 25. §. ult. de probat.

2. Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem nunquam: quædam vim habent obligationis, nunquam probationis solius. Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet, hæc scripturas valere ad probationem; & merito placet, cum

nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere, confessumque stare suæ confessioni, d. l. 25. in fin. de probat. d. l. 13. C. de non num. pec. Sed enim probationem tantum habent, obligationem nunquam inducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus, contra confessionem suam venire potest; placetque, audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta, d. l. 25. d. l. 13. nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere, propter metum falsi.

3. Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra vero ad probationem solam nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, l. 14. princ. C. de non num. pec. Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuo, ut quis scripto confessus est, se pecuniam mutuam accepisse, aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, minusque ad obligationem valet, l. 3. l. 10. C. d. tit. At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, plane obligatur, hoc text. & passim d. tit. C. de non num. pec.

Ff 2

Re-

(1) L. 9. tit. I. P. 5.

(2) D. l. 9.

4 Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitentis sunt prodita. I. conditio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, l. 7. C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex leg. (1), II. querela seu denuntiatio & protestatio de numeratione non facta (2): quæ denuntiatio scripto faciendâ, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, l. 8. & seq. l. 14. §. ult. & auth. seq. C. de non num. pec. III. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, l. 3. l. 5. d. l. 8. C. eod. quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, d. l. 3. (3). Ratio differentiæ significatur in l. 10. C. eod. quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, l. 23. C. de probat. (4). Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat: quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographæ plerumque traduntur ante factam numerationem, & spe numerationis futuræ, qua ne frustrantur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad votum creditoris (5).

(1) D. l. 9. tit. 1. P. 5.

(2) D. l. 9.

(3) D. l. 9.

5 Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, l. 3. C. de non num. pec. vel in factum detracta doli mentione, l. 9. C. eod. atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garantiatum, censeo Gomez 2. resol. 6. num. 3. Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, hoc text. l. 8. l. 14. C. d. tit. (6).

6 Hæc ergo obligatio recte dicitur litterarum, seu ex litteris nasci: siquidem post biennium non amplius queritur, an pecunia confessâ numerata sit, necne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget confitentem. Nativitas hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ad judiciorum expediendorum facilitatem, maxime spectat: eademque fere ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, l. 1. de usurp. & usuc.

7 Quæ nominibus fieri dicebatur] Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, perscribebat, ut Cicero in ea pro Cluent. cap. 14. demonstrat. De harum tabularum fide Censores quinto quoque an-

(4) L. 1. tit. 14. P. 3.

(5) D. l. 9.

(6) D. l. 9.

no cives ad jusjurandum adigebant, teste Dionys. Halicarn. lib. 4. Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomanus. Asconius autem Pædianus in Verrin. 3. scribit, nomina in tabulis dici consuevisse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahatur, cum in tabulis perscribatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referrî autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam; quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomanus.

8 Dum queri non potest, scriptura obligetur] Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur factu suo, quam si solvat aut satisfaciât creditori, inf. quib. mod. toll. oblig. in pr. Atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, l. 8. C. de non num. pecun. Quid ergo si debitor post biennium paratus

sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, an sic quidem audiendus erit? Accursius de quorundam veterum sententia putat audiendum esse: quod & Bartolo & comm. DD. visum in l. 3. & l. 14. C. d. tit. Gomez 2. resol. 6. num. 7. Ant. Perez in d. tit. C. num. 14. Movetur, quod exceptiones naturæ suæ perpetuæ sunt, l. 5. §. ult. de dol. mal. except. & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, l. 3. C. d. tit. quæ cum sine dubio perpetua sit, d. l. 5. §. ult. utique etiam post biennium competere debeat; etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Postremo, non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, l. 10. C. eod. ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest.

9 Sed hæc argumenta non satis probant. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis præponi possunt, qualis est exceptio non numeratæ pecuniæ. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrat, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, a quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est, sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrentibus illarum naturam & conditionem semper sequitur, l. 2. §. 5. de dol. mal.



except. Plane si debitor dolo se inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat, Don. ad l. 8. C. de non num. pec. Anton. Fab. C. suo, eod. tit. de fin. 2. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo: Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum admittit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maxime exceptionem non numeratæ pecuniæ, l. 3. C. d. tit. ergo lapsus biennii utrumque admittit: quod & expressum est in d. l. 8. l. 9. & d. l. 14. C. eod.

10 Proculdubio itaque verius est, debitor nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admittetur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem, nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re. In summa, nulla esset revera litte-

rarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio e catalogo verarum obligationum; cum vere debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habeat, l. 66. l. 112. de div. reg. jur.

11 Loci juris in eandem sententiam manifesti sunt. In l. 10. C. de non num. pecun. traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minime restringi potest. In l. 8. C. eod. scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in l. 14. pr. C. eod. ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hanc nostram sententiam tuentur Duar. ad d. tit. C. cap. 4. Donell. ad d. l. 8. n. 21. & seqq. aliique plures citati a Fachin. 2. controv. 8.

12 *Ne ultra biennii metas* ] Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit, pro quo Justinianus substituit biennium continuum; quod currere incipiat a tempore emissæ cautionis: ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. an-

nis,

nis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, l. 14. C. de non num. pec. junct. l. 2. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est, l. 1. in fin. ex quib. caus. maj. In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ est, diversum nonnihil statutum l. ult. & auth. seq. C. de dot. caut. non num. Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscunque ex causis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, d. l. 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ a collatoribus solutionis prorsus non datur, d. l. 14. §. 1.

13 IN HISPANIA l. 5. cum seq. tit. 21. lib. 4. Recop. generaliter statuens, ut executionem paratam habeant schedulæ, quæ ab earum auctoribus recognitæ sint coram Judice competente, vel hujus mandato coram Tabellone aut Apparitore, occasionem Interpretibus præbuit disputandi, an hodie apud nos exclusæ censeatur exceptio non numeratæ pecuniæ, quando qui scripto confessus est, tuam pecuniam se accepisse, chirographum coram Judice, Tabellone aut Apparitore recognoverit. Nos, cum hujusmodi exceptio ex tenore ipsius chiro-

graphi deducatur, exclusam non intelligi probabilius censemus, per ea, quibus Gomez 2. var. cap. 6. n. 3. & Molin. de just. & jur. disp. 302. probant, laudatam exceptionem intra biennium competere adversus instrumentum garantigium, cui d. l. 5. schedulas recognitas comparat. At, si quis, nedum chirographum a se fuisse scriptum, sed etiam debitum in eodem expressum certum esse recognoverit, nullus erit exceptio, ni locus. Quia tunc præsumptio, qua exceptio nititur de non facta numeratione, cessat omnino. Et insuper, quasi nascitur nova obligatio ex debiti confessione, cum confessi pro judicatis habeantur, Vela diss. 25. a num. 32. post nudam recognitionem chirographi locum exceptioni dat, sed cum onere probandi eam.

14 Sed nec exceptio competet, quando ei renunciavit, qui chirographum scripsit, licet in ipso confessionis instrumento renunciatio facta appareat, l. 9. tit. 1. P. 5. quo casu aliud ex Romanorum jure dicendum videbatur, Greg. Lop. glos. fin. d. l. 9. Covart. 2. var. cap. 4. n. 3. ubi ulterius docet, hanc constitutionem seu legem 9. quæ frequentissime in his Regnis servatur, ita demum accipiendam esse, ut reus qui renunciavit, non possit objicere exceptionem adhuc intra biennium transferendo onus probandi in adversarium; sed si probare velit, pecuniam non fuisse sibi numeratam, audendus sit, juxta opinionem Accursii, aliorumque.

## TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

## DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

SEquitur postrema obligatorum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, l. 1. §. 3. de pact. sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum: quæ singula singulis titulis explicabuntur. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, emphyteuticus contractus, qui quum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est a Zenone Imp. l. 1. C. de jur. emph.

## TEXTUS.

*Consensu sunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet: cum aliqui in verborum obligationibus alius stipulatur, alius promittat.*

## COMMENTARIUS.

Alter alteri obligatur in id quod ex bono & æquo] His verbis indicatur quædam proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorum & pinguiorum, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu; nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod

quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eatenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, l. 99. de verb. oblig. Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque iudicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium Judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, l. 7. de neg. gest. §. 30. infr. de act. De natura & differentiis iudiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra sub §. 28. de action. Cætera quæ in hoc text. traduntur clara omnino sunt.

## TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

## DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. & 19. Tit. 1. C. Lib. 4. Titt. 38. & 40. (1).

EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie huius generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maxime necessaria, teste Paulo l. 1. hoc tit. ubi scribit, originem emendi vendendique a permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægre succurritur, causam esse quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Arist. 5. Ethic. 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse succedaneum & quasi sponsorem futuræ indigentiae. Emptio & venditio est: Contractus, quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda, alter rem accipiat. Appellatur hic contractus

*emptio & venditio*, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt, qui promiscue dicitur sive emptio, sive venditio. Res, quæ traditur, in hoc contractu dicitur *merx*: pecunia, quæ pro re datur, *pretium*, d. l. 1. §. 1. sub fin. hoc tit. igitur circa hæc duo consensus in emptione versatur, circa pretium & mercem: illud ut venditori detur, hæc ut tradatur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit.

## TEXTUS.

De emptione pura. De ar-  
his & scriptura.

*Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio con-*

Tom. II.

(1) Tit. 5. P. 5. & tit. 11. & 12. lib. 5. Recop.

venerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit, nam quoad arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta: & si per Tabellionem sunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & penitentiae locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione (1). Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsequuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

## COMMENTARIUS.

I UT primum de re & pretio convenit, emptio.

(1) L. 6. tit. 5. P. 5.

perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, l. 2. §. 1. hoc tit. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hoc text. (2). Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus a consummatione, sive implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio: consummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul autem ac emptio perfecta est, nascitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, tit. D. & C. de act. empt. quæ traditio, si venditor dominus fuit, facit emptorem dominum: si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat, l. 11. §. 2. de act. empt.

2 Illud non satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus quod emptoris interest, defungatur. In hac questione vera est sententia Bart. ad l. 1. de act. empt. Bald. in l. 17. C. de fide instr. Gomez 2. resol. 10. n. 22. asserentium, venditorem cui potestas tradendi sit, omnino teneri actione ex empto rem ipsam tradere. Fundamenta potissima huius sententiæ sunt. I. Rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præ-

(2) D. l. 6.

## De emptione &amp; venditione.

cise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere. II. Ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit. III. Denique, ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere recusantis, cum possit, emptor probationi difficillimæ ejus quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur, l. ult. de stip. præ. adstringatur. IV. Quod Justinianus ait in §. 1. hoc tit. nempe, emptio perfecta & pretium omnino solvendum esse, & rem tradendam. Et alia plurima quæ facillime deducuntur ex l. 68. §. ult. hoc tit. ll. 2. 3. & 11. §. 2. de act. empt. l. 6. C. de resc. vend. l. 17. C. de fid. instrum.

3 In contrarium moventur Duar. de in lit. jur. n. 22. Donell. ad l. 4. C. de act. empt. Fachin. 2. contr. 30. aliique. Eorum rationes præcipuæ sunt quæ sequuntur. I. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur, solvendo id quod interest, l. 13. §. ult. de re jud. l. 72. pr. de verb. oblig. at talis est obligatio, qua tenetur venditor, arg. l. 28. d. l. 72. eod. tit. II. Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id quod interest, agi: venditorem non tradentem quanti intersit, condemnari, quasi alternativa sit venditoris obligatio, l. 1. l. 11. §. 9. l. 12. de action. empt. III. Hoc amplius, diserte scriptum est in l. 4. de action. empt. etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, conde-

mnandum, cum procacia ejus fir, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet.

4 Sed hæc argumenta nihil probant. Nam regula de obligationibus faciendi in primo relata, duntaxat exaudienda est de factis simplicibus, quæ in meris faciendi finibus consistunt; non in illis quæ rei alicujus præstationem continent, & ad juris possessionisve translationem tendunt, ut monuimus sup. §. 7. de verb. oblig. n. 3. Non obstat textus in l. 72. pr. l. 75. §. 7. de verb. oblig. ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nude considerata incerta sint, non recte intuleris absolutam convenientiam. Secundo, in eo decepti sunt contrariæ sententiæ Auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, arg. l. 17. C. de fide instr. Nam obligatio venditoris non est alternativa a principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id quod emptoris interest, si contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam perfectio si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio; non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens, eandem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere di-

citur? l. 21. ad leg. Cornel. de fals. Plane si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus res tradatur, potest emptor ultro omitta petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest, taxandum non iurejurando actoris in litem, sed arbitrato Judicis; quo pertinet species l. 4. C. de act. empt. ex qua tertium adversariorum argumentum desumitur. Itaque in hoc casu venditor in id quod emptoris interest condemnabitur, si emptor id petat: non alias.

5 Argumentum est emptionis contractæ ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit, convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emptio non perficiatur, l. 35. pr. hoc tit. (1). Datur autem arrha, vel simpliciter, ut sit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractæ, veluti si annulus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, l. 11. §. 6. de action. empt. l. ult. de leg. commiss. Cum arrha tantum ut symbolum data est, impleta emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, nullisque in eam rem est actio ex empto, aut conditio sine causa, d. l. 11. §. 6. cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, d. l. ult. de leg. commiss.

6 Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea contrahentibus placuerit emptionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit, vel actione ex empto, vel etiam conditione sine causa, d. l. 11. §. 6. junct. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. Et cum ergo utroque casu, etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, donatione arrharum neutrum rem desinere esse integram; constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo ab emptione & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra, l. 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. disc. §. ult. inf. quib. mod. toll. oblig. Quando igitur res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præstitutum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in d. l. 58. de pact. puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, d. l. 1. & l. 2. C. & d. §. ult.

7 In iis autem, quæ scriptura conficiuntur ] Potest contractus emptionis ex voluntate & conventionione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis, scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventionione foret, ut nudo & simplici consensu sine scri-

scriptura, perficeretur: nam non in emptione solum, sed etiam in aliis causis id usuvenit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500. solidos &c. l. 17. C. de fid. instr. Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam): verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur.

8 Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit ] His verbis significare videtur Imp. etiam ab emptione jam perfecta licere cuicunque ex contrahentibus recedere, quando arrhæ datæ sunt, cum earum amissione, vel dupli restitutione: quod ita non est. Quare tenendum, dixisse Justinianum celebrata sit pro celebrari capta: quam esse ipsius mentem ex eo intelligitur, quod ante dixit, poenitentiae locum esse, quandiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, poenitentiae locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione

Justiniani d. l. 17. id elucet clarius verbo: Super facienda emptione. Item: Non procedente contractu. Item: Qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est. Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis poenitentiae locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respond. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba d. l. 17. (1). Et in ipso actu contrahendi, quandiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in hoc text. neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit: accessionum quoque & finium definitio sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare coepit, ne quis alius facile prævertat; nec venditori liceat impune recedere.

9 Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi a negotio sine communi consensu non posse: cæterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum poenitentiae dari, cum contractus jam

(1) L. 6. tit. 5. P. 5.

(1) Arg. d. l. 7. tit. 5. P. 5.

perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas: quod minime ferendum est (1). Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renunciare invito adversario non licere? l. 5. C. de oblig. & action. Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, l. 58. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disc. usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, l. 3. C. de resc. vend. (2).

10 Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat; quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ: datur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, hoc text. & l. 35. eod. Jam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: & omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque Interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere.

11 Non obstat, quod is, qui

(1) D. l. 7. tit. 5. P. 5. vers. Pero.

nominatim in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renunciare videtur, per l. 15. §. 3. de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot. Id enim tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. II. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, l. 4. §. 4. de re jud. l. 28. de action. empt. Et sic etiam fit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri a priorè obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant Joan. Fab. hic, Cyn. & Bart. in d. l. contractus 17. Donell. ibid. num. 12.

12 Qui recusat adimplere contractum Id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. Adimplere igitur hic positum pro perficere, ut contra perficere contractum, dixit pro implere, d. l. 17. circa medium. Cæterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium: impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem &

(2) L. 61. tit. 5. P. 5.

& constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

13, IN HISPANIA l. 2. tit. 10. lib. 3. Fori Reg. probare videtur opinionem, quam de jure Romano agentes modo rejecimus, num. 9. Cæterum clarius loquitur, l. 7. tit. 5. P. 5. faciens eandem distinctionem, quam nos fecimus sup. num. 8. inter casum, quo arrhæ datæ sint in argumentum emptionis perfectæ, & eum, quo ita non sint datæ; ut hoc casu locus poenitentiae emptori sit amittendo arrhas, & venditori restituendo duplum ejus, quod acceperat, non vero in illo, ibi: O por otorgamiento, entonce non se puede arrepentir ninguno de ellos, ni deshacer la vendida que no vala, Hermos. in d. l. 7. gloss. 1. num. 11. & gloss. 3. Azeved. in l. 2. tit. 2. lib. 3. Recop.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto.

1. Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioquin si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an nox. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio: Quanti ille aestima-

verit, sub hac conditione stare contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definiarit, tunc omnimodo secundum ejus estimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto (1). Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & (in) conditionibus tradere.

COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur, l. 8. hoc tit. ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, l. 2. §. 1. l. 72. eod. ubi Papi-nianus ait: Emptionis substantiam consistere ex pretio (2). Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, l. 38. eod. quæ non vera, sed imaginaria venditio est, d. l. 38. hoc tit. aut cum dicis causa, prætextu pretii quæsito, res venditur uno nummo, arg. l. 46. locat. Plane si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res villore pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet, valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, d. l. 38.

(1) L. 1. & 9. d. tit. 5. P. 5.

(2) L. 10. d. tit. 5. P. 5.

In pretio duo desiderantur : unum, ut id certum sit ; alterum, ut constituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore §. seq.

2 *Certum esse pretium debet* ]

Quandiu pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat : *Habebis rem emptam, quanti postea aestimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Certum duobus modis dicitur : vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur; vel de quo constat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor : *Quanti tu emisti, quantum pretii in arca habeo* (1). Nam licet hic pretium in presentia occultum sit & apud contractantes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, l. 7. §. ult. hoc tit. Bene Justinianus : *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, §. pen. supr. de verb. oblig.

3 Quid ergo si venditor sic dixerit : *Res tibi erit empta iusto pretio*, aut : *Eo pretio, quod iustum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur : quoniam & iusti pretii modus incertus est : quippe quod constitui non potest nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili forma non continetur. Ita post DD. comm. Gomez 2. resol. num. 9. Fachin. 2. contror. 1. Speciale vero est, ut va-

(1) D. l. 10.

leat venditio quando res pignori vel hypothecæ subjicitur ea lege, ut si intra certum tempus pecunia non sit soluta, jure emptoris res possideatur justo pretio tunc aestimanda, ex constitutione Severi & Antonini, l. 16. §. ult. de pign. ea forte ratione, quam adducit Gloss. in d. l. 16. ut scilicet facilius homines tuam pecuniam inveniant, ita etiam Gomez ubi supr. Valebit quoque venditio hoc modo facta in iis mercibus, quibus publice pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carni, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium, pretium Magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id quod certum est. Et hinc infert Gomez d. loc. valere venditionem vini, olei, tritici & similibus rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

4 *Inter veteres dubitabatur*.] Dubitatum olim fuit, an valeat emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Hanc quæstionem Justinianus hoc §. & l. ult. C. eod. ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo : *Fundus ille tibi emptus est, quanti Titius aestimaverit*, hac

hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto (1). Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii frustra conferri, l. 35. §. 1. hoc tit. (2); ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, l. 7. in pr. eod.

5 *Quanti ille aestimaverit* (3). Arbitrator scilicet nominatim electus : nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, l. 25. pr. locat. veluti : *Fundus tibi emptus est, quanti alii aestimabunt*, aut : *Quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad Judicem vel certam personam, arg. d. l. ult. C. hoc tit. Pinell. part. 2. rub. de rescind. vend. num. 5.

6 *Omnino secundum ejus estimationem*] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani l. ult. C. hoc tit. Ergo etiamsi Titius arbitrator multo plaris aut minoris rem aestimaverit, quam valet, dicendum est, valere contractum. Sane si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, con-

Tom. II.

- (1) L. 9. tit. 5. P. 5.  
 (2) D. l. 9.  
 (3) D. l. 9.  
 (4) D. l. 9.

sentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse (4). Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio Judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis definiendis arbiter electus partes manifeste iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per Judicem corrigitur, instituta actione pro socio, l. 78. & seq. pro soc. ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, aperte iniquum & nimis magnum definierit, & venditor illud perat, poterit Judex ostensa iniquitate ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita DD. comm. hic & in d. l. ult. C. eod. Quæ sententia cum sit æquitati plane consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Justinianus, omnimodo secundum estimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium Judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium iusti pretii non excedat : nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit, l. 2. C. de resc. vend. (5). Inter quæ hoc interest, quod officium Judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum : nam si juxta factam estimationem res tra-

Hh

di-  
 (5) L. 56. d. tit. 5. P. 5. vers. Otrosi, cum seq. & l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.

dita sit & pretium solutum, officio Judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justii pretii alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissorio, *d. l. 2. C. de resc. vend.*

7 Pro nihilo esse venditionem ] (1). Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tanquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum a persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. 43. de verb. oblig.* Neque hic obstat, quod scriptum est *l. 24. pr. locat.* si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitrato opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractum jam perfectum, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. At in easu nostri text. certitudo pretii, quæ substantialis est contractui, alterius arbitrio committitur. In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. de div. reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbi-

trium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *l. 1. de legat. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

8, IN HISPANIA jus petendi, rescissionem venditionis & contractuum similium competens illi e contrahentibus, qui ultra dimidium justii pretii fuerit læsus, quatuor annis a die contractus numerandis terminatur, *l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.* ubi etiam docemur, tunc ita læsum venditorem intelligi, quando pro re valente decem, ne quinque, quidem ei fuerint data: emptorem vero, dum pro eadem re, quindecim & amplius solverit. *Hæc autem lex*, quæ locum quoque habet in venditionibus, quæ sub hasta fiunt, electionem reo convento tribuit, ut vel rescissioni contractus acquiescat, vel læsionem actori sarciat, iusto rei venditæ pretio, quod tempore venditionis contempserat, sese accommodando. Liberum itaque ei erit in laudato exemplo, rem quam emit servare, si cum dedisset quatuor, postea venditori sex tradat: uti nec cogendus rem a se venditam recipere, si cum sexdecim pro pretio accepisset, paratus sit restituere emptori sex. Habentur hæc omnia in *ead. l. 1.* An autem & quomodo huic beneficium contrahentes renunciare queant; vid. Gomez *2. variadr. cap. 2. num. 26.* & late disputant

, tantem D. Covarr. *2. var. cap. 4.* ubi eas duntaxat hujus beneficii, renunciaciones validas existimat, quæ speciales sint, & a scientibus justum rei pretium factæ.

9, Hoc beneficium non potest, nec super eo audiendi artifices, seu periti, qui in operibus, quæ facienda susceperunt, ultra dimidium justii pretii se esse læsos contenderint, *l. 3. d. tit. 11. lib. 5. Recop.* Quæ exceptio manifeste probat, regulariter in contractu locationis locum habere beneficium concessum læsis ultra dimidium: alias ineptha foret.

## TEXTUS.

In quibus pretium consistat.

2. Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur, veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse posset. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud est, quod vulgo dicebatur, permutationem rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis:

Νῆες δ' ἐν Λήμνοιο παρέστασαν  
οἶνον ἀγοῦσαι. :: ::

Ἐνθεν ἄρ δινιζόντο κάρηνομόωντες Ἀχαιοί,

Ἄλλοι μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ' αἰθωνι σιδήρῳ,

Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,

Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι. . . . .

*Hoc est:*

Advecta e Lemno tunc vina fuerere carinis.

Inde capillati sibi vina parare Pelasgi,

Ære micante alii, nitido pars altera ferro,

Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvençis,

Pars quoque mancipiis . . . . .

*Diversæ scholæ Auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.*

## COMMENTARIUS.

I Antiquissima ratio commutandi inutilia cum  
Hh 2 uti-

(1) *D. l. 9. tit. 5. P. 5.*

utilibus, & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret: alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatione: invento tandem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, cœperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam a permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in l. 1. hoc tit. & hujus loci.

2. In numerata pecunia] Alterum quod in pretio desideratur, est, ut illud consistat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit, hoc text. l. 1. §. 1. eod. Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solum dari potest, contractu non mutato, l. 9. C. de rescind. vend. quippe circa formam & distinctionem contractuum initium, non exitum spectamus, l. 1. §. 13. depos.

3. Sabinus & Cassius etiam in alia re] Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecu-

nia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento: Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat &c. Assumptionem probabant auctoritate Homerî, qui lib. 7. Iliad. refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis. Sed quamvis concesserimus, verba quibus Homerus utitur, necessario significare emptionem, & nunquam permutationem; tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum Poëtæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum; & ideo Plinius lib. 33. cap. 1. ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, improprie loqui credendus est, cum dicit, Græcos vinum empitasse coriis boum &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Mosis Genes. cap. 23. & cap. 42. cum aliquot seqq. constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis tempo-

ribus multo antiquiorem. Plinius lib. 7. cap. 56. scribit, Liberum patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum Auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longe recentior fuisse fertur, Strabo lib. 8.

4. Diversæ scholæ Auctores contra] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus a permutatione. Sic vero illi argumentabantur: In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium, & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor; ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse & pretii nomine datam, l. 1. §. 1. in fin. hoc tit. l. 1. de rer. perm. Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, l. pen. C. de rer. perm. Paulus in d. l. 1. de rer. perm. duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. I. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare; possessio-

nem tradere, & purgari de dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorum debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, d. l. 1. pr. junct. §. 3. eod. II. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. ejusd. l. 1. congruit l. 3. C. eod.

## TEXTUS.

## De periculo, &amp; commodo rei venditæ.

3. Cum autem emptio & venditio contracta sit (quod efficitur diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, si-ve etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longe minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris com-



commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cuius periculum est. (1). Quod si fugerit homo, qui venit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenierit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utrique tamen vindicationem rei & conditionem exhibere debet emptori: quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.

## COMMENTARIUS.

1 Introducitur hoc loco quæstio de periculo & commo- modo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propriis tit. in D. & C. explicari meruit. Summa juris de hac specie constituti hæc est: placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contingit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, l. 7. l. 8. de per. & comm. rei vend. cum similibus, & hoc text. (2).

(1) L. 23. tit. 5. P. 5.

Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censatur: tunc enim sciemus, cuius periculum aut commodum sit. Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: de quo uberius explicatum est in princ. hujus tit.

2 Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, l. 7. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod. Itaque ubi pure res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit; ubi sub conditione, cum conditio extiterit: nam si defecerit conditio nulla est emptio: pendente autem conditione, si res perit, hoc damnum ad venditorem pertinet; ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in d. l. 8. de per. & commod. rei vend. Discriminis ratio traditur a Dion. Gothof. in d. l. 8. quia nempe dum res vendita perit conditione pendente, retrotractionis fictio, quæ emptori nocere poterat, locum non habet ex defectu objecti cui hæreat: oppositum evenit quando res vendita deterior duntaxat est facta.

3 In rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur per-

(2) D. l. 23. tit. 5. P. 5.

fecta venditio; modo ut etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio (utrique ratione periculi) quam si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est vero in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ac de pretio convenit (1). Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in l. 35. §. 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & commod. rei vend. Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, l. 1. de peric. & commod. d. l. 2. C. eod. (2).

4 Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verum esse, quod dici solet, plenissime videri venisse vinum, cum fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare. Quamvis enim id videatur suadere d. l. 1. ea tamen exaudienda est cum Gothof. in com. ejusd. de casu, quæ singu-

(1) L. 25. tit. 5. P. 5.

latim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, l. 34. §. 5. hoc tit. Præinde facta etiam degustatione, quando venditio celebrata est generaliter constituto pretio in singulas amphoras, earum numero non taxato, cum nondum perfecta emptio est, periculum spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Plane si emptor vina degustaverit, & male probaverit, jam tum forte acida aut mucida, de se queri debet, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare postea poterit, quæ semel probavit, l. 15. de peric. & commod. Vid. Gloss. & DD. in d. l. 35. §. 4. & 5. hoc tit. & ad l. 1. D. l. 2. C. de peric. & commod. rei vend. Gomez 2. variar. resol. cap. 2. num. 32. eleganter Anton. Fab. C. suo de peric. & commod. rei vend. de fin. 1.

5 Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus A, qui cum utriusque contractus utilitatem contineat, venditorem duntaxat obligat ad præstandum dolum & culpam, secundum regulam traditam in l. 5. §. 2. commod. de qua in §. 2. quib. mod. re contr. obl. sumus

(2) L. 24. d. tit. 5. P. 5.

locuti, & exceptiones adduximus de conventionem contraria, mora, & culpa.

6 *Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet*] Hoc constanter a veteribus traditum est, tum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, efficiturque etiam his rationibus. I. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei iudicio præstantur, l. 6. C. de pign. act. imo in universum nullo iudicio, l. 23. de div. reg. jur. II. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, l. 5. §. 2. commod. III. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine culpa eorum perierit, l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred. IV. Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum ferre debet: Atqui illud pertinet ad emptorem &c.

7 Objicitur tamen huic sententiæ l. 9. C. de pign. act. ubi Imp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius id detrimentum sit, debitorisne, an creditoris, respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiæ, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam, & nondam traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire, sed venditori, ut

pote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, hoc §. in fin. cum traditionibus, & non nudis pactis dominia rerum transferantur, l. traditionibus 20. C. de pact. Respondeo, male ex d. l. 9. generaliter colligitur, rem semper perire suo domino; sed hoc recte, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet: uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his, inquam, omnibus recte dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitore eo interitu liberari, d. l. 5. d. l. 23. At ex diverso, si idem, qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam; quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit, debitori non perit, quamvis idem sit dominus, dd. loc. Itaque hæc regula: *Debitores certæ speciei, ejus interitu sine culpa ipsorum contingente liberantur.*, prævalet illi: *Res suo domino perit.*

8 Unus locus Africani in l. 33. locat. turbavit summos viros, Cujac. tract. 8. ad African. Borcholt. Vultejum hic, ut contra tot expres-

pressos textus & manifestam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere utique. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Sed recte DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris: nam ut forte injuria Judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emptori, l. 5. de evict. Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet duntaxat teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris intersit; ut fit, cum res iudicio evicta est, l. 60. l. 70. de evict. Sed & si fundus non culpa venditoris, sed usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo casu a fisco iterum tantundem accipiat. Lex 12. & l. 14. de per. & com. rei vend. loquuntur etiam de casu quo res culpa venditoris perit.

9 *Commodum ejus esse debet, cujus periculum est*] Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, l. 10. de div. reg. jur. proinde, cum omne incommodum rei venditæ, quod post per-

Tom. II.

(1) D. l. 23. tit. 5. P. 5.

fectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, l. 7. de per. & commod. rei vend. veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, hoc text. & d. l. 7. item foetus pecudum, partus ancillarum, l. pen. C. de act. empt. l. 8. de evict. fructus etiam jam maturi, l. 13. §. 10. de act. empt. mercedes ex operis, aut vecturis; pensiones ex locatione, d. l. 13. §. 13. (1).

10 *An custodiam ejus usque ad traditionem*] In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, l. 5. §. 2. commod. ac proinde etiam custodia & diligentia a venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed inedia, id est, talis, qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet. Non obstat l. 2. in fin. aut l. 3. de peric. & commod. quæ ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, ut supra vidimus. Præterea Glos. in d. l. 3. eam intelligit de culpa levi, duabus interpretationibus adhibitis, quæ ibi videri possunt. At enimvero speciali conventionem arctius venditor obligari potest, puta, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, l. 23. de div. reg. jur. Quod tunc etiam agi in-

II

tel-

telligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est, cum convenit, ut venditor custodiam præstet.

II *Utique tamen vindicationem &c.* ] Quamvis venditor, cuius dolo, aut culpa, aut in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, rem amissa aut surrepta hæctenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat, aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur ad illa, quæ sine incommodo suo præstare potest, puta, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, l. 35. §. 4. *hoc tit. l. 31. de act. empt. & hoc tit. ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, conditio, actio furti, & damni injuria.*

### TEXTUS.

#### De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest* (1). *Sub conditione, veluti: Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.*

### COMMENTARIUS.

I **C**ontractuum omnium hoc commune est, ut non pure tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enimvero hujusmodi conditio: *Si res intra certum diem placuerit*, non temere in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrat. In

(1) *Arg. l. 26. d. tit. 5. P. 5.*

venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita veniit, ut esset emptæ tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensus est, sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: sin minus, nulla videatur obligatio fuisse.

2 Nec est contrarium, quod placet, hujusmodi emptionem non valere: *Quantum voles, vel: Si placebit*, habebis emptum, l. 35. *hoc tit. l. 13. C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, l. 7. *hoc tit.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis: *Quantum voles: Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, d. l. 35. §. 1. & d. l. 13. In casu autem hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de rei in con-

ven-

ventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbatione, arbitrio contrahentium permitti possunt, Gomez 2. *var. resol. 2. num. 19.*

3 Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & pure sic contrahi potest, ut sub conditione ab ea discedatur; cuiusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. C. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, l. 3. *hoc tit.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventionem non perfectio contractus a voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, l. 31. §. 22. *de ædil. edit.* Gomez d. loc. & num. *in fin.* Ejusdem generis est & pactum de retrovendendo ut venditori heredive ejus quancumque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, l. 2. *C. de pact. int. empt. & vend.* & ibi DD. Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiracuellus; & nos agimus *infr. in Append. de retract.*

4 Duæ conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, pro-

priisque explicantur *tit. in D. additio in diem, & lex commissoria.* Additio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat, l. 1. & passim de in diem add. (1).* Lex commissoria est: *Cum quid ita venditur, ut, si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, l. 2. & passim de leg. comm. (2).* Utroque isto modo pure contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione; nisi aliud diserte placuerit, veluti, si in additione id actum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur: tunc enim emptio conditionalis est, l. 2. *de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. commiss.*

### TEXTUS.

#### De emptione rei, quæ non est in commercio.

5. *Loca sacra, vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam), frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest, eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit* (3).

II 2

(1) *L. 40. d. tit. 5. P. 5.*

(2) *L. 38. eod.*

(3) *L. 15. eod.*

COM-

## COMMENTARIUS.

I Sine re, quæ veniat, emptio intelligi non potest, l. 8. hoc tit. Res hæc ut plurimum certa est: nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, d. l. 8. l. 78. §. ult. eod. cui non absimilis est quasi alæ emptio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi decuplo plus sit, quam pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, d. l. 8. §. 1. hoc tit. l. 12. de act. empt. (1).

2 Frustra quis sciens emit] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio plane nulla est, l. 6. l. 34. §. 2. l. 70. hoc tit. Sed & talis emptio liberi hominis improbata est: Cum servus erit: quamvis enim res futura emi possunt, tamen fas non est huiusmodi casus expectari, d. l. 34. §. 2. Vid. supr. §. 2. de inut. stipul. Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in l. 57. per tot. hoc tit. (2).

(1) L. 11. d. tit. §. P. 5.

(2) L. 14. eod.

3 Deceptus a venditore &c.] Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptionem contrahi, l. 4. eod. sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, d. l. 70. eod. Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in l. 62. §. 1. eod. & hoc text. nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi possideri nequeat: sed hæc tenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset, quominus eam tradere possit; neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex empto: quippe qua, cum res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, l. 1. l. 11. §. 9. de act. empt. (3). Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hæc tenus saltem eum teneri, ut pretium, quod accepit, restituat, arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. 33. locat.

AP-

(3) L. 12. eod.

APPENDIX  
JURIS HISPANI.  
DE RETRACTIBUS.

1. Quid sit retractus in genere: & de origine gentilitii.
2. Quid sit retractus gentilitii, & qua ratione introductus.
3. Probatus est in Hispania.
4. Quibus competat.
5. In eo præferetur consanguineus proximior: & quid inter æquales; de quo etiam n. 8.
6. Locus in eo est successorio edito: eique non censetur renunciare qui præsens est & tacet.
7. Proximitas respectu venditoris consideranda.
9. Prælationem non tribuit duplex vinculum cognationis.
10. Jus retrahendi personalissimum est.
11. De materia hujus retractus usque ad n. 18.
18. Huic retractui causam præbet emptionis contractus.
19. An habeat locum in datione in solutum, & in dote.
20. Jus retrahendi clauditur diebus novem: & quomodo numerandi usque ad n. 23.
23. Currunt contra minores, pupillos, absentes & ignorantes; & nulla adversus eorum lapsus restitutio.
24. De solemnitatibus ad retrahendum adhibendis.
25. De retractu consortibus competente; & quando locum habeat, & n. 26.
27. An habeat locum in rebus mobilibus.
28. In eo eadem solemnitates adhibendæ quæ in gentilitio.
29. De retractibus qui conceduntur domino directo & superficiario, & n. 30.
31. De retractu descendente ex pacto de revendendo, & m. 32. & 33.
34. Generalia de omnibus retractibus.
35. De retractibus officiorum publicorum & jurisdictionis, remissive.

I, IN HISPANIA pleræque venditiones retractibus, obnoxia sunt. Eapropter non inutile duximus, hanc de retractibus Appendicem titulo de emptione & venditione subjicere. Retractus in genere (Tanteo nos dicimus) est: Redemptio rei venditæ, eodem oblato pretio, facta ab aliquo, cui id concessum sit lege, consuetudine, vel pacto. In Hispania,

Hispania famosus, & non infrequens est ille, quem DD. legitimum, gentilitium, seu sanguinis dicunt, propterea quod ratione gentis, sanguinis, seu consanguinitatis lege tribuitur. Ejus origo antiquissima, & juris divino consona. Sic enim legitimus in *Leuitico cap. 25. vers. 25.* Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat. Similia habeantur *cap. 4. Ruth vers. 2. & seqq.* Probatus quoque olim Romanis fuerat, lege lata a Diocletiano, seu Principibus eo senioribus, ut evincere nobis videtur *l. si avia 19. C. de donat.* in qua Dioclet. & Maximian. clare indicant, eorum tempore viguisse hunc retractum, dum in alienatione titulo liberalitatis facta, eum non obtinere respondent. Neque in contrarium nos movet celeberrimus Jacob. Gothof. qui in *comm. l. 6. C. Theod. de contr. empt.* magno nisu suadere contendit, auctorem legis hunc retractum apud Romanos probantis, Constantinum fuisse. Licet enim probationes, quas adducit, manifeste ostendant, non patuisse consortibus retractum ante Constantinum; huncque Imp. magnam consortium habuisse rationem; nihil impedit, quominus dicamus, Imp. Romanos prius concessisse retractum consanguineis, quam consortibus; & Constantinum non primum introduxisse, sed confirmasse forte retractum jam antea

consanguineis tributum, quando illum consortibus indulsit, atque hunc esse sensum *d. l. 6.* Sed quicquid sit de auctore laudatæ legis, quæ retractum sanguinis concessit, illud constat, eam postea fuisse cassam ab Imp. Valentin. Theodos. & Arcad. ut patet ex *d. l. 6. C. Theod.* quam in *l. 14. seu penult. C. de contr. empt.* transtulit Tribonianus, hac tamen addita exceptione: *Nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit*: quæ non pertinet ad retractus consanguineis, & consortibus dudum concessos, & generaliter *dd. ll.* improbatos; sed ad rationem earum, ut salva nempe dominis servaretur libera de rebus suis disponendi facultas, quam nonnullis in causis coërcitam Justinianus voluit. Itaque Valentin. Theodos. & Arcad. omnes omnino retractus damnarunt: Justinianus non æque, sed quosdam indultos voluit, quo exceptio laudata respexit, ut docet idem Jacob. Goth. *ubi sup.*

2, Quamvis autem Imperatores Romani in *dd. ll. 6. & 14. de contr. empt.* retractus damnarint, tanquam libertati disponendi de rebus suis cuilibet domino competenti, gravem inferentes injuriam, quæ inani honestatis colore velatur: fatendum tamen est, rationem quæ æquitas retractus gentilitii nititur, magni a Romanis Jurisconsultis fuisse habitam, ut ecce: Jus retractus gentilitii nihil est, aliud,

aliud, quam: Jus proximioribus venditoris consanguineis intra quartum gradum constitutis competens ad redimenda bona immobilia avita, seu paterna, oblato emptori pretio, quo ipsa comparaverat. Cum autem nemo non videat affectionem maximam, quæ erga possessiones avitas homines ducimur, de quo luculenta affert testimonia Emman. Gonzal. in *comm. cap. constitutum 8. & de integ. restit.* facile cuilibet intelligere licet, huic affectioni consulendi causa, retractus gentilitii jura introducta esse; Gom. in *l. 70. Taur. num. 1. & 3.* hancque non semel leges Romanæ probant, *l. 38. de rei vind. l. peto 69. §. 3. de legat. 2. l. 108. de cond. & demonstr. l. 22. vers. Nec vero C. de adm. tutor.* Hinc Cicero hortatur Trebatium, ne paternas possessiones vendat: & notat Brutum, quod paterna bona mancipasset.

3, Quæ affectionis ratio tanti ponderis nostræ Hispaniæ Regibus est visa, ut eidem consulentes, plurimis legibus retractum gentilitium probaverint atque muniverint, quas refert Emman. Gonz. *ubi sup.* & extant *tit. 11. lib. 5. Recop. a l. 7. usque ad 16.* in quibus ad usum tironum tradendis & exponendis, nostrum est munus.

4, Principio itaque sciendum est, hoc jus retractus tribui consanguineis intra quartum gradum venditoris, qui res avitas, seu paternas (*de abolengo, o de patrimonio* nos dicimus,

*ll. 7. 8. & 9. eod.*) extraneo vendit, quod expresse traditur passim *dd. ll.* Quintimo, ut res ipsa loquitur, hic est earum legum scopus. Nolim tamen intelligas, competere id jus omnibus consanguineis venditoris, qui ei intra quartum gradum juncti sunt; sed illis duntaxat, qui veniunt ex ascendente, a quo res vendita derivatur, *d. l. 7.* ibi: *I alguno de aquel aboengo la quisiere*, Molin. *de just. & jur. disp. 370.* ubi exemplo illustrat.

5, Quoniam autem præfata affectionis ratio inductiva retractus eo plenior est, quo consanguinitas proximior, & laudatæ nostræ leges eum stabilientes remotioribus consanguineis proximiores præferunt, dicendum cum Anton. Gomez in *l. 70. cum quinque seqq. Taur.* (eodem sunt cum *ll. 9. 10. 11. 12. 13. & 14. tit. 11. lib. 5. Recop. num. 13.* Hermos. in *l. 55. tit. 5. P. 5. gloss. 5. num. 1. & 5.* Matienz. in *l. 7. tit. 11. lib. 5. Recop. gloss. 5. a num. 8.* competere jus retrahendi proximioribus venditoris consanguineis, cum is non extraneo, sed consanguineo, remotiori tamen rem vendiderit. Quod vero iidem addunt, posse nimirum consanguineum pro parte retrahere rem venditam alteri consanguineo ejusdem gradus, majorem habet difficultatem, ut agnovit Azeved. in *d. l. 7. num. 59.* quamvis ab ea opinione recedere non fuit ausus. Nos, si libere sermocinari licet, etsi tan-

, torum virorum auctoritatem veneramur, eorum in hac re sententiam improbandam censemus. Quia præterquam quod materia retractus non favorabilis, sed odiosa & stricti juris est, ut plures laudans fatetur ipse Hermosill. in *d. l. 55. gloss. 4. n. 1.* proindeque non amplianda, sed restringenda; nihil certius in jure, quam quod in pari causa, potior sit possidentis conditio, *l. 128. de div. reg. jur.* maxime, cum de lucro duorum disputatur, *l. 126. §. 2. eod.* Quam solidam rationem non obscure probare videtur in hac ipsa retractus materia *l. 55. tit. 5. P. 5.* dum socio vendente uni ex consortibus partem suam, sat manifeste denegat retractum alio, qui consortibus competentem, de quo *infra num. 26.* ut recte docent idem Hermos. *d. l. 55. gloss. 5. num. 1.* & Greg. Lop. *d. l. 55. gloss. 5.* Sane inter utrumque casum, nullum discrimen agnoscimus. Præterea, in quæstione nec res vendita exit de cognatione; nec ordo cognationis turbatur, ut vix ullus sit justæ querelæ locus.

6, Olim in retrahendi jure, nullus erat edicto successorio locus; sed proximior venditoris consanguineo nolente retrahere, salva & firma venditio manebat, quin ullum remotioribus jus esset emptorem inquietandi: nisi proximior absens fuisset e loco contractus, quo casu sequens in gradu admittebatur, ceu patet in *lege Flori* transcripta in *l. 7. tit. 11. lib. 5.*

, *Recopil.* Cæterum ab hoc jure, postea recessum est *d. l. 12. tit. 11. lib. 5. Recop.* quæ eadem est cum *l. 73. Taur.* qua constituitur, ut in locum proximioris nolentis, vel non potentis retrahere, sequentes suo ordine admittantur, sed non ultra quartum gradum, juxta computationem quidem civilem; cum canonica duntaxat quoad matrimonia attendatur, ut cum pluribus monent Azeved. in *d. l. 12. num. 6.* & Matienz. in *l. 7. eod. gloss. 5. num. 7.* Si proximus consanguineus venditioni extraneo factæ præsens sit, & taceat, non proinde juri retrahendi renunciare intelligitur, ut probat Gomez in *d. l. 70. Tauri*, *num. 26.*

7, Proximitas, cujus intuitu jus retractus tribuitur, respectu venditoris consideranda est, *l. 8. d. tit. 11. ibi: O otro pariente propinquo del vendedor.* Hinc, si filius & frater venditoris disputent de retrahenda re, quam jam pater venditoris in patrimonio habuit, præferendus filius, *d. l. 8. & ibi Azeved. n. 2.* Ex eo autem quod leges cognatos ad retrahendum vocent ordine proximitatis, concludendum non est, representationem excludi, Molin. *de Hispan. primog. lib. 3. cap. 8. a num. 11.* cum etiam in successione ab intestato, quæ proximioribus deferuntur, representationis habeatur ratio, utique in infinitum in linea recta, & usque ad filios fratrum inclusive in transversa, ut agentes de jure, suc-

, succedendi ab intestato vidimus. Quæ doctrina in illo argumento legitibus Hispanis expresse probata, hic admittenda, Azev. in *l. 7. d. tit. 11. n. 21.* cum jura retractus in admittendis proximioribus in gradu ad instar successione ab intestato redacta sint, ut cum aliis tenent Azev. in *d. l. 12. eod. num. 4.* Hermos. in *d. l. 55. tit. 5. P. 5. gloss. 8. num. 56.* Diximus, in admittendis proximioribus; quia non per omnia retractus jura juribus successione ab intestato sunt exequata: olim saltem non erant, antequam successio ab intestato quarto gradu terminaretur. Vide de quæ diximus *supr. in Ratio, ne succedendi ab intestato ex jure Hispano, n. 10.*

8, Si proximi duo, pluresve fuerint, omnesque voluerint retrahere, admittentur simul, & rem, quam retrahant; inter se partientur, *d. l. 7. tit. 11.* nisi res individua fuerit, quo casu licitationi erit locus, & plus offerenti, postquam retracta sit, tradetur, Azeved. in *d. l. 7. n. 50.* cum *seq.* Si vero unus tantum, ex eis ad retractum venerit, ita audietur, ut integra res, etsi dividua fuerit, tradatur ipsi; quia cogatur cæteros requirere, an velint pro sua parte retrahere, neque hac ratione ullam præstare satisfactionem. Si autem cæteri post retractum venerint, intra terminum tamen legitimum, audiendi adhuc erunt, suamque partem ab eo, qui retraxit, auferent, ut probat idem Azeved. in *d.*

Tom. II.

, *l. 7. num. 46.* cum *seqq.* 9, Consanguineorum, qui in eodem sunt gradu, proximitatem non auget, nec prælatio, nem eis tribuit duplex vinculum, seu major cum venditore cognatio. Itaque si duo fuerint venditori fratres, Titius ex latere utroque, & Cajus ex paterno duntaxat, qui ad retractum venerint, admittentur simul, utique, que si res vendita in patrimonio fuit patris, cum ad matrem venditoris, & Titii quod attinet, nullus Cajo sit aditus. Movetur ratione inductiva hujus retractus, quam nuper laudavimus, & omnibus est nota, quæ æqua lance in Cajo, & in Titio concurrunt, ut consideranti patebit. Neque nos turbat ratio unica, qua Hermosill. in *d. gloss. 8. n. 58.* Matienz. in *d. l. 7. gloss. 4. num. 3.* cum aliis contrarium defendunt, quod nempe retractus jura ad instar successione ab intestato sint redacta; cum hæc nonnunquam fallat, ut modo vidimus. Nec eadem utrobique ratio: quia in successione ab intestato Titius præfertur Cajo, propterea quod defuncti bona eatenus duntaxat considerantur, quatenus ipsius fuerint, insuper habito an a patre ad eum pervenerint, necne: defuncto autem conjunctior fuit Titius. Vice versa, in retractu admittuntur fratres, quia res vendita communis parentis fuit, non alias: parenti autem omnes liberi sunt æque conjuncti. Adhæc, in nostra firmamur sententia animadver-

Kk

, ten-

tentes, leg. 13. tit. 10. lib. 3. For. Reg. quæ manifeste in retrahendi jure præferebat utrinque conjunctos, transcriptam esse in d. l. 7. tit. 11. lib. 5. Recopil. verbis prælationis mutatis, seu sublatis. Verba l. For. hæc sunt: *I si dos ó mas la quisieren que son en igual grado de parentesco, ayala el mas propinco*: quorum loco hæc alia in d. l. 7. leguntur: *I si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, partaála entre sí; y sino fueren en igual grado, ayala el mas propinquo*. Quis enim non videt his d. l. 7. verbis, solis proximioribus in gradu prælationem tribui?

10, Cum causa introducendi retractus sit, ne res de cognatione exeat, facile patet, permissum non esse consanguineo, cui hoc jus competat, illud extraneo cedere. Nec jus ipsum retrahendi dabitur Monasterio, quod consanguineus fuerit ingressus: quia licet Monasterium personam ingressi sustineat, ac repræsentet, non id obtinet in rebus personalissimis, quæ omnem repræsentationem respuunt, quæque in persona ficta, qualis est Monasterium, locum non habent, Azeved. d. l. 7. a num. 26. Gomez in l. 70. Taur. num. 8. & 9. Competet vero filiis naturalibus, uti etiam exhereditatis, eisque, qui parentum successionem renunciaverint, ut probat idem Gomez in d. l. 70. num. 4. 5. & 6.

11, Materia retractus genti-

litii sunt res immobiles avitæ, seu paternæ, id est, quæ fuerant in patrimonio sive bonis avi, seu patris matrisve communis venditoris, & retrahentis: uno verbo illius, qui horum stirps fuit, l. 7. l. 15. d. tit. 11. lib. 5. Recop. Hermos. in l. 55. tit. 5. P. 5. glos. 8. n. 48. Neque necesse est, ut retractus sit locus, res venditas fuisse in bonis avi & patris simul: sufficiet alterutrum, cum leges disjunctive loquantur, d. l. 7. l. 8. l. 10. eod. ibi: *Patrimonio*, ò *abolengo*: verbum enim *patrimonio* ad paternas refertur, & *abolengo* ad avitas, Gomez in d. l. 70. Taur. num. 3. ubi & bene probat, nullum jus liberis esse retrahendi res illas, quas parentes, qui eas vendunt, suo labore & industria acquisierunt. Si ergo exemptione, permutacione, donatione, aliove quolibet titulo illas ab extraneo accepterint, retractus cessabit, d. l. 15.

12, Quamvis autem *lex ista* dum retractum concessit, solius tituli hereditarii meminerit: crediderim tamen, noluisse excludere casus, quibus res vendita venditori obvenerat a suis parentibus titulo singulari legati, vel etiam contractus, cum tunc res vere avita, & paterna sit, & plene concurrat ratio, quæ hoc jus introduxit. Solum ergo, quia frequentior, & fere unicuique est, quo res paternæ ad liberos perveniunt; & quia leges loquuntur & feruntur secundum ea, quæ ut plurimum & frequen-

quenter contingunt, non quæ perraro, l. 3. cum duob. seqq. de legib. Quamobrem dum titulos singulares lex improbat, de illis tantum exaudienda, qui ab extraneis veniunt, quod frequens est. Hanc solidam rationem agnovit Matienz. in d. l. 7. gloss. 8. num. 10. dum recte statuit, rem a consanguineo retractam non amittere nomen patrimonialis, sed retractui subijci, si postea ipse retrahens eam extraneo vendiderit: quo casu retrahens non titulo universalis, sed singulari emptionis rem habet, cum in locum emptoris, a quo retrahit, subrogatus sit, ut in *fine hujus Append.* videbimus. Matienzum perperam carpit Azeved. in d. l. 7. num. 77. solo verborum d. l. 15. cortice motus. Sed & Gomez titulum prælegati, & quævis alium a parentibus descendentem probat ut idoneum ad faciendum retractui locum in d. n. 3. vers. Sed.

13, Eatenus autem res avita, seu paterna materia retractus erit, quatenus de patrimonio descendenti a communi stipite non exierit in extraneum. Si enim antea extraneo fuisset vendita, nemine volente, aut potente retrahere, licet postea ad priorem venditorem revertatur, dum non ex causa præcedentis contractus, utputa ex pacto de revendendo, seu legis commissoria; vel ad alium ex consanguineis perveniat, libere alienari poterit, jure retractus quiescente: quia res semel alienabilis facta, alienabilis remanet,

& mutatione personæ possidentis, bona primævam conditionem seu qualitatem amittunt, l. per curatorem 90. §. 1. de adq. vel omit. her. ut pluribus adductis optime probant Gomez in l. 70. Taur. num. 24. Azeved. in d. l. 7. num. 75. cum seq. Matienz. in ead. l. 7. gloss. 8. & nemo dubitat. Si vero res a consanguineo in extraneum alienata, ad illum ex causa ipsius alienationis fuerit reversa, ex pacto nempe de revendendo vel simili, obnoxia erit retractui, ut pluribus ostendunt Matienz. & Azeved. ubi supr. Ratio impropria est: quia res ita reversa ad consanguineum, non censetur ei denuo quæsita, sed in pristinam causam redire, resoluta venditione, ut docet Jurisconsultus, sultus Paulus in l. 10. §. ult. quib. mod. pign. vel hypot. solv.

14, Diximus, materiam retractus esse res immobiles: quia licet l. 9. & seqq. utantur verbo generalissimo *cosa*, latine *res*, quo res omnes tam mobiles, quam immobiles significantur, l. 1. in fin. de reb. cred. *lex* tamen 7. d. tit. Recop. ad quam referuntur cæteræ, usafuit verbo *heredad*, quæ appellatio ex communi loquendi usu rebus mobilibus non convenit, Matienz. in d. l. 7. tit. 11. gloss. 1. n. 1. cum duob. seqq. Azeved. in d. l. 7. num. 7. cum duob. seqq. ubi cum pluribus ita hoc verbum intelligentibus, infert, hunc retractum in rebus mobilibus non obtinere, adducens verba l. 230. stili, scilicet

, cet : las heredades , i las otras , raices ; & addens hoc esse sine dubio. Et sane ratio affectionis , erga res paternas , qua retractus , hic nititur , in res immobiles cadere non solet , ut notant Azeved. *ubi supr.* Hermosill. in *d. l. 55. tit. 5. P. 5. gloss. 4. n. 7.*

15 , Si res plures patrimoniales seu paternæ uno pretio fuerint venditæ , non erit permit- tendum consanguineo , ut unam sine aliis retrahat ; sed omnes , aut nullam retrahere debbit : at si singulæ singulis pretiis venditæ sint , quam vel quas ei liberit , retrahet , ut expresse sancitur *l. 10. d. tit. 11. lib. 5. Recopil.* quasi priori casu una sit emptio , & posteriori plures , *l. cum ejustem 34. de edilit. edit.* Placent tamen expositiones seu limitationes duæ , quas ex Tiraquell. tradunt Azeved. in *d. l. 10. num. 6* & Matienz. late de his venditionibus agens , in *l. 7. eo. l. gloss. 7. a num. 20.* quæque potius declarationes sunt , quam exceptiones seu limitationes. Prima nempe : quoties constaret emptorem non nisi res omnes simul empturum fuisse , quo casu etsi in singulas res pretium constitutum sit , tamen una emptio est , ut docet Africanus in *d. l. 34. §. 1.* Secunda huic similis : quando duæ res diverso pretio datæ fuerint in solum , pro uno eodemque debito , ut si creditori , cui trecenta debebas , dedisti fundum Sejanum æstimatum centum , & Sempronianum valentem ducenta Ratio hujus casus eadem quæ su-

, perioris : cum enim datio in solum naturam venditionis sapiat , ut ait Imp. Antonin. in *l. 4. C. de evict.* una tantum , consideranda hic emptio , quandoquidem unum est debitum , quod solvitur. Adhæc , non est cogendus creditor , ut solutionem pro parte accipiat , ut videmus in *pr. quib. mod. toll. oblig.* quod eveniret si permitteretur consanguineo unum duntaxat fundum a creditore retrahere.

16 , Si ex duabus rebus venditis , altera tantum patrimonialis fuerit , licebit consanguineo hanc retrahere , alia non patrimoniali emptori relicta , etsi duæ , uno pretio venditæ fuerint : quo casu patrimonialis pretium , boni viri arbitratu taxandum , refundetur emptori , quin ipsi liceat resilire ab emptione , quæ in re non patrimoniali sustinetur. Cæterum permittendum esse ei , ut rem utramque retracti consanguineo offerat integro sibi pretio restituto , existimant Azeved. & Matienz. *ubi supr.* cujus oblationis is erit effectus , ut consanguineus cogatur vel duas accipere , vel neutram. Hermos. autem in *d. l. 55. gloss. 8. n. 54.* probabilius censet , tunc solum consanguineum , ita cogendum , quando extraneus emptor rem non patrimoniam sine patrimoniali non esset empturus , additque , se ita respondisse consultum : sicut in simili respondit Scævola in *l. tutor 47. §. 1. de minor.*

17 , Res patrimonialis extraneæ , neo

, neo vendita retractui est obnoxia , etsi per plures manus transierit. Ratio hujus est : quia actio ad retrahendum consanguineis concessa , non est personalis nativa , id est : quæ ex ipso contractu per se & sine adjumento legis nascatur ; sed dativa , quæ vocatur *condictio ex lege* , & in rem scripta , quatenus immediate legibus nostris tribuitur. Quæ actiones naturam actionum in rem quadantenus assumunt & in quemcunque possessorem dantur , *l. 9. §. fin. quod metus causa.* Competit itaque hæc actio etiam adversus tertium possessorem , Gomez in *d. l. 70. Taur. num. fin.* Azeved. in *d. l. 7. num. 40.* Matienz. in *ead. l. 7. gloss. 8. a n. 11.* Nec interest quo titulo is possideat , oneroso an lucrativo. Si autem onerosus esset , quia forte rem a priore emptore comparaverat , non pretium hujus secundæ venditionis , sed primæ refundendum a consanguineo retrahente , propterea quod non secunda , sed prima , quæ causam retractui præbuit , consideranda. Cæterum non erit secundo emptori deneganda evictio contra primum , licet hic nullam adversus consanguineum , qui ipsi vendidit , habeat , ut bene probat Matienz. *ubi sup. num. 15. arg. l. minor 39. de evict.* in qua ostendit Julianus justum esse , ut re minoris ad eundem redeunte per restitutionem in integrum , detur secundo emptori , cui auferitur , evictio contra primum.

18 , Huic retractui causam præbet emptionis contractus ; se eo enim omnes leges illum concedentes loquuntur. Contractus autem permutationis expresse excluditur *d. l. 7.* ut liberum omnino cuique sit res paternas , permutare absque ullo retractu , metu : utique cessante fraude. Nam si appareat contrahentes , nomine permutationis contractum appellasse , ut retractum impedirent , cum potius venditio fuerit , venditio censetur , & retractui erit locus , Azeved. in *d. l. 7. num. 80.* Matienz. *ibidem gloss. 10. per tot.* ubi late & docte suo more quæstionem examinat , casus adducens , in quibus fraus præsumenda , Gomez 2. *variar. cap. 2. n. 10.* D. Covarr. *lib. 2. var. cap. 4. n. 9.*

19 , Datio in solum , cum vicem venditionis obtineat , *l. si prædium 4. C. de evict.* retractui dat locum , maxime cum facillime alias jura retractus eluderentur & sola nominis mutatione impediretur retractus , Gom. in *d. l. 70. Taur. num. 20.* Quam sententiam merito admittunt Azeved. in *d. l. 7. num. 72.* & Matienz. in *ead. l. 7. gloss. 7.* quando , quod regulare est , species pro pecunia debita in solum datur ; secus , si non pro pecunia , sed pro specie debita , alia species detur , cum eo casu non venditio , sed permutatio censenda. In datione in dolum locum quoque habet retractus , dum res immobiles datæ sunt ea æstimatione , quæ emptionem facit , Azeved. *ubi supr. num.*



, num. 73. Matienz. in *d. gloss.* 7.  
 , num. 16. cum *seqq.* Quando au-  
 , tem æstimatio in dote emptio-  
 , nem faciat, optime discutit  
 , D. Covarrub. *lib. pract. quest.*  
 , cap. 28.

20 , Jus retrahendi clauditur  
 , diebus novem, quibus elapsis  
 , evanescit, *ll. 7. 8. 10. 11. 12.*  
 , *d. tit. 11. lib. 5. Recop.* In ven-  
 , ditionibus, quæ publice sub  
 , hasta fiunt, in quibus quoque  
 , locus est retractui, etiamsi Ju-  
 , dicis auctoritate sint factæ, ex-  
 , pressum habemus in *l. 9. eod.*  
 , dies novem enumerandos a die  
 , subhastationis finitæ seu abso-  
 , lutæ (*del remate* nos dicimus,  
 , *d. l. 9.*) An vero in cæteris nu-  
 , merandi veniant a die conven-  
 , tionis seu contractus, vel a tra-  
 , ditionis die, iater DD. non con-  
 , venit. Qui primum tuentur nu-  
 , mero vincunt, atque inter eos  
 , sunt D. Covarrub. 3. *variar.*  
 , cap. 11. num. 2. Hermos. in *d.*  
 , *l. 55. tit. 5. P. 5. gloss. 8. a*  
 , *n. 25.* Azeved. in *d. l. 7. n. 62.*  
 , Matienz. in *ead. l. 7. gloss. 6.*  
 , ubi questionem istam latissime  
 , examinat, & hanc quam defendit  
 , opinionem dicit esse veriore,  
 , communiorem & in praxi rece-  
 , ptiore, seque ejus rei testem,  
 , Gutier. *lib. 2. quest. 152.* ubi  
 , tenendam ait in judicando &  
 , consulendo. Nec immerito: eam  
 , etenim tantum non expresse  
 , evincit laudata *l. 7.* ibi: *Despues*  
 , *que fuere vendida hasta nueve*  
 , *dias*: quibus verbis satis aper-  
 , te demonstratur tempus contra-  
 , ctus esse terminum a quo nume-  
 , ratio incipienda, cum res dica-

, tur vendita statim ac contrahen-  
 , tes de re & pretio convenerint,  
 , licet non sit tradita, *princ. Inst.*  
 , *de empt. & vend. l. aliena-*  
 , *tum 67. de verbor. sign.* Præte-  
 , rea dies subhastationis finitæ,  
 , seu *del remate*, a quo nume-  
 , rationem incipere in venditioni-  
 , bus sub hasta statuit *l. 9. eod.*  
 , idem est ac dies contractus in  
 , venditionibus cæteris, cum Ju-  
 , dex subhastationem finiendo con-  
 , sensum venditoris suppleat, eum-  
 , que adhibere censeatur; vendi-  
 , tioque tantum perfecta & non-  
 , dum consummata intelligatur.  
 , Mitto jura retractus non am-  
 , plianda sed restringenda, ut  
 , *supra* monuimus ex Hermosill.  
 , cum communi.

21 , Contraria tamen senten-  
 , tia propugnatorem habet acerri-  
 , mum Anton. Gomez, qui in *d.*  
 , *l. 70. Taur. num. 16.* ait, se  
 , semper eam servaturum in ju-  
 , dicando & consulendo, quam-  
 , vis fateatur alteram, quam nos  
 , defendimus, praxi receptam, se-  
 , que ita vidisse, uti & ipsam  
 , teneri a majori parte Doctorum  
 , Salmantinæ Academiæ in quodam  
 , examine. Ejus argumenta parum  
 , solida. Ait, finem retractus es-  
 , se, ne res exeat de familia, seu  
 , cognatione: id autem non con-  
 , tingere nisi per traditionem.  
 , Enuntiationes utique veræ, sed  
 , quæ non satis probant. Licet  
 , enim sola conventio rem ex pa-  
 , trimonio venditoris non extra-  
 , hat, tribuit tamen emptori actio-  
 , nem ad eam obtinendam: qui  
 , autem hanc habet, rem ipsam  
 , habere videtur, *l. 15. de dia-*

, *reg.*

, *reg. jur.* & venditoris voluntas,  
 , quam lex cohibere intendit, jam  
 , est in extraneum collata, ita ut  
 , illi resiliere non liceat, sed ne-  
 , cessario sequatur traditio, quam  
 , proinde expectare otiosum &  
 , inutile: qua fortassis de causa  
 , *lex nostra* non alienationis, sed  
 , venditionis duntaxat mentionem  
 , fecit. Minus obstat incommo-  
 , dum, quod sequuturum mina-  
 , niri posse consanguineos, non  
 , habita scientia contractus secre-  
 , to celebrati: qua ratione nec  
 , traditionem fictam sufficere, sed  
 , veram desiderari contendit *n. 17.*  
 , Quia præterquam quod in hoc  
 , argumento nulla consanguineo-  
 , rum scientiæ habetur ratio; si  
 , venditio clanculum fiat, ut præ-  
 , sumatur dolus, de quo mox,  
 , redimendi jus durat. Qui plura  
 , desideret adeat Matienz. *ubi su-*  
 , *pra.* In venditionibus conditio-  
 , nalibus a tempore existentis con-  
 , ditionis numerandi dies, cum  
 , non antea perfectæ intelligantur,  
 , Matienz. *ubi sup. n. 31.* Gomez  
 , in *d. l. 70. n. 21.* Hermos. in  
 , *d. gloss. 8. num. 30.*

22 , Utrum autem hi dies a  
 , momento ad momentum cur-  
 , rant, vel naturales numerandi,  
 , & ita ut dies termini a quo seu  
 , contractus connumerandos non  
 , sit, aliæ quæstio est, quæ mul-  
 , tos hinc inde propugnatores ha-  
 , bet. Nobis eos a momento ad  
 , momentum numerandos proba-  
 , bitius videtur. Tum quia, ut  
 , diximus, retractus jura non am-  
 , plianda, sed restringenda: tum  
 , etiam quia non infrequens in

, jure ut termini legitimi a mo-  
 , mento in momentum currant,  
 , Gomez in *d. l. 70. num. 25.*  
 , Azeved. in *d. l. 7. tit. 11. lib. 5.*  
 , *Recop. num. 62.* ubi si de hora  
 , venditionis constet, ab ea nu-  
 , merandos ait: si vero non con-  
 , stet totum illum diem compu-  
 , tandum, & sic usque nunc vi-  
 , disse numerari. Contrariam sen-  
 , tentiam cum pluribus tenent  
 , Matienz. in *d. l. 7. gloss. 6. n. 1. &*  
 , Gutier. *lib. 2. pract. quest. 154.*  
 , Hermosill. autem in *d. l. 55.*  
 , *tit. 5. P. 5. gloss. 8. num. 27.*  
 , utramque refert, & in neutram  
 , inclinat. Et sane priori senten-  
 , tiæ favere videtur laudata *l. 7.*  
 , dum terminum a quo designans,  
 , non diei, sed temporis vendi-  
 , tionis meminit in verbis, quæ  
 , *supra* retulimus *num. 20.* cum  
 , tamen non a tempore utcumque,  
 , sed a subhastationis die nume-  
 , rationem faciendam statuat *l. 9.*  
 , *eod.* ibi: *Se cuenten en este ca-*  
 , *so desde el dia del remate,*  
 , eodemque modo de venditioni-  
 , bus reliquis loquitur *l. 15. eod.*  
 , in *fin.* ibi: *Desde el dia que*  
 , *la vendida fuere fecha hasta*  
 , *nueve dias.* Valde igitur dubius  
 , articulus iste.

23 , Currunt insuper hi dies  
 , contra minores, pupillos & ab-  
 , sentes, & ita ut nulla adversus  
 , lapsum eorum restitutio, vel  
 , contractus rescissio eis compe-  
 , tat, si forte tutor vel ipsorum  
 , curator, qui retractum petere  
 , poterant, non petierint, ut ex-  
 , pressis verbis cavetur *l. 8. d.*  
 , *tit. 11.* Quamvis hæc legis de-  
 , cisio de ignorantibus non lo-

, qua-

quatur, de eis quoque exaudien-  
da, cum facilius præscriptionum  
tempora contra ipsos currant,  
quam adversus minores pupil-  
losque, ut patet in usucapione  
seu præscriptione ordinaria, quæ  
his non obstat, & contra igno-  
rantes admittitur, Matienz. in  
*d. l. 8. gloss. 12. num. 18. cum*  
*seq.* Hermosill. in *d. gloss. 8.*  
*num. 32.* ubi cum aliis excipit  
casus, quibus culpa seu fraude  
venditoris consanguineus vendi-  
tionem ignoraverit, utputa si  
ad celebrandum contractum a lo-  
co domicilii discesseit, vel ex-  
terum Tabellionem adhibuerit,  
dudum venditio lateret, aliud-  
ve contingeret, quo fraus ap-  
pareret, seu præsumeretur: tunc  
enim cum nemini fraus patrocini-  
ari debeat, non nisi a die  
scientiæ consanguineo novem  
dies current.

24, Ut peragatur retractus,  
præter ea, quæ hæcenus dixi-  
mus, nonnullæ intra novem lau-  
datos dies adhibendæ solemnita-  
tes, ut nempe retrahens sol-  
vat emptori pretium, quo iste  
rem comparaverat, eique im-  
pensas, & tributa seu gabellas  
refundat: ut juret sibi & non  
alteri rem venditam velle, om-  
nemque fraudem dolumve abes-  
se, *dd. ll. 7. 8. & 9.* Quæ cum pro  
forma, ut loquuntur, requiran-  
tur, ita sunt necessariæ, ut  
quaque deficiente excludatur re-  
tractus. Consanguineus itaque,  
qui retrahere velit, debet ante  
omnia emptorem adire, eique  
quod impenderit refundere: si  
autem emptor id recuset accipe-

re, pretium quod offert consi-  
gnabit aut deponet coram testi-  
bus, adito Judice si tempus pa-  
tatur, ut ex *dd. ll. probat A-*  
*zev. in d. l. 8. num. 3. cum seqq.*  
quo peracto res ei tradetur, ac  
si pretium emptori solvisset, ut  
patet ex *l. 8. tit. 14. P. 5.* ubi  
hujusmodi oblationi & deposito  
vis solutionis tribuitur, ibi: *E*  
*deinde adelantante es quito del*  
*debo, e non ha el otro de-*  
*manda ninguna.* Atque hæc ita  
facienda, ut constet de vera to-  
tius pretii numeratione, quia  
confessio, qua depositarius fa-  
teatur, se hoc recepisse, suffi-  
ciat. Integrum autem pretium  
solvendum, aut deponendum,  
adeo ut omissio unius nummi  
vicio esset: nisi per impruden-  
tiam, aut errorem calculi con-  
tigisset: quo casu supplemento  
locus erit. Si vero pretium non  
fuerit notum consanguineo, sat  
huic erit offerre, & deponere  
quod ipsi visum fuerit, fide-  
jussoribus datis de solvendo re-  
liquo, si superesse apparuerit,  
Azeved. in *d. l. 9. a num. 14.*  
Marienz. *ibid. gloss. 4. per to-*  
*tam.* In venditionibus denique,  
quæ sub fide fiunt, admitteretur  
consanguineus, idoneis fidejus-  
soribus coram Judice cavens in-  
tra eosdem novem dies, se so-  
lutorum idem pretium, eodem  
tempore, quo extraneus emptor  
tenebatur, ut expresse sancitum  
*l. 11. eod.*

25, Hæcenus de retractu san-  
guinis seu gentilitio actum est:  
reliquos modo breviori perscru-  
temur calamo. Et quoad jus  
, Ro-

Romanorum attinet improbatum  
quoque fuit *l. 6. C. Theod. de*  
*contr. empt.* translata a Triboni-  
ano in *l. 14. C. eod.* ille, qui  
ex constitutione Constantini con-  
sortibus, quibus res vendita  
communis cum venditore erat,  
concedebatur, ut in *principio*  
*hujus Appendixis* monuimus. In  
Hispania vero probatur expres-  
se *l. 55. tit. 5. P. 5. & ll. 13.*  
*& 14. tit. 11. lib. 5. Recop. (74.*  
*& 75. Taur.).* Hujus retractus  
jus consortibus competit, hoc  
est, eis, qui rei venditæ simul  
cum venditore pro indiviso sunt  
domini (nos *comuneros* dicimus,  
*d. l. 14.*), non vero illis, qui  
rei jam divisæ partes diversas  
possident; cum ubi res divisa  
est nulla sit communio, quæ  
hoc jus introduxit, ut patet,  
& pluribus probat Anton. Go-  
mez in *l. 70. Taur. cum seqq.*  
*num. 27.*

26, Quando autem res indi-  
visa, seu proprie communis est,  
vel minima ejus pars dat retra-  
ctui locum, ut *ibidem* probat  
ipse Gom. Competet itaque ha-  
benti partem centesimam alicu-  
jus rei jus retrahendi reliquas 99.  
quæ vendantur. Quinimo nulla  
prælatione gaudebit plurium par-  
tium dominus respectu illius, qui  
pauciores, vel unam tantum ha-  
buerit. Finge, Titium novem par-  
tes indivisas habere fundi Tu-  
sculani, Sempronium duas, &  
Cajum unam; non poterit Ti-  
tius partes duas retrahere, quas  
Sempronius vendiderit. Cajo,  
Greg. Lopez in *d. l. 55. gloss. 5.*  
Marienz. in *d. l. 13. gloss. 3. n. 10.*

Hermos. in *d. l. 55. gloss. 5. n. 1.*  
Ratio horum omnium eadem,  
quia nimirum leges hunc statuen-  
tes retractum duntaxat præferunt  
consortes extraneis: nunquam  
unum consortem alteri. Hac de  
causa, quia in retractu sangui-  
nis nulla inter consanguineos e-  
jusdem gradus statuta est præ-  
latio, diximus *num. 5.* nunquam  
uni consanguineo adversus alium  
æqualis gradus concedendum. Et  
quidem, ut ait Lopez in *d.*  
*gloss. 5.* melior est conditio  
conventi in privilegii paritate.  
Si ad retrahendam rem extra-  
neo venditam plures venditoris  
consortes venerint, pro parte,  
quam habet, retrahet unusquis-  
que, Marienz. *d. gloss. 3.*  
*num. 8.* Azev. in *l. 7. d. tit. 11.*  
*lib. 5. Recop. num. 54.* Si autem  
unus tantum venerit, admitte-  
tur in solidum, Marienz. *ibid.*  
Greg. Lop. in *d. l. 55. gloss. 8.*  
*in fin.*

27, Quanquam retractui san-  
guinis in rebus immobilibus dun-  
taxat sit locus, ut *supra* vidi-  
mus; tamen hunc, de quo lo-  
quimur, etiam obtinere in mo-  
bilibus censent communiter In-  
terpretes, Marienz. *d. gloss. 3.*  
*num. 3.* Hermos. *d. l. 55. gloss. 4.*  
*num. 7.* Gregor. Lop. in *ead.*  
*l. 55. gloss. 1.* Eorum argumen-  
ta duo sunt. Primum: quia lau-  
data *lex 55. tit. 5. P. 5.* usa  
est verbo *cosa*, quod utique ge-  
nerale est, res etiam mobiles  
proculdubio complectens. Secun-  
dum: quia æquitas, quæ cau-  
sam retractui huic dedit, ut nem-  
pe potius consors, quam extra-  
neus

, neus rem habeat communem, & que rebus mobilibus, ac immobilibus accommodatur: quibus motus rationibus ait Lop. ubi sup. veriolem esse de jure sententiam, quæ etiam in rebus mobilibus hunc retractum admittit: agnoscit tamen contrariam fundamentum non destitui; quandoquidem l. 14. tit. 11. lib. 5. Recop. (75. Taur.) de hoc retractu agens, non rei simpliciter, sed immobilis meminit, ibi: Si alguna vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro. Addiditque idem Lopez, nullam se unquam vidisse de retractu rei mobilis litteram; & quod forte ita praxi in judicio hoc reciperetur. Quam ultimam sententiam non improbabiler defendit Azev. in l. 13. & d. l. 14. tit. 11. merito considerans, has leges referri ad superiores, quæ de retractu sanguinis loquuntur. Et quidem non simpliciter referuntur ad eas; sed ita ut velit d. l. 14. obtinere in hoc retractu, quæ in superioribus de gentilitio statuta sunt. Sed nihilominus prior sententia verior est, ut ait Lop. quam sat evincit secundum argumentum, maxime cum id agatur hoc retractu, ut a communione discedatur, qua parte favorabilis censeri debet, cum communio multas pariat discordias, l. 77. §. 20. de legat. 2. Nec aliter facile communio cessabit in re mobili, quando una est, cum quæ hujus sunt generis, naturalem divisionem respuant. Neque comparatio hujus

, retractus cum gentilitio tradita, in d. l. 14. ad res pertinet, sed ad solemnitates. Quod autem in eadem lege rei immobilis mentio fiat, exempli causa positum esse existimandum, cum id referat lex ipsa ad laudatam l. 55. tit. 5. P. 5. quæ primæva & magistra in hoc argumento est, & rei generaliter meminit. Quæ vero hæc l. 55. non expresse retractum concedit, sed prælationem; mediam sententiam tunc Molin. de just. & jur. disput. 371. quod nempe in re mobili prælationem duntaxat habeat consors tempore venditionis, non vero, hac perfecta, retrahendi jus.

28, Quod ad tempus attinet, & solemnitates in hoc retractu adhibendas, idem observandum esse statuit d. l. 14. ac in retractu sanguinis, quas solemnitates quia supra retulimus, iterum recensere inutile foret.

29, Duo supersunt examinandi retractus ex eis, qui in laudata l. 13. tit. 11. (74. Taur.) traduntur, Romanorum legibus incogniti, quorum alter domino directo conceditur, superficiario alter. Itaque si superficialius superficiem vendiderit, jus retrahendi eam directo domino datur, & versa vice quando dominus directus, qui est dominus soli, venderit istud, d. l. 13. in qua & ordo prælationis traditur, quando plures jus retrahendi habentes ad retractum venerint: videlicet, ut primo loco admittantur dominus directus, seu superficiarius, se-

, cum-

, cundo consors; & tertio consanguineus.

30, Licet autem d. l. 13. quæ sola horum duorum retractuum meminit, nullam temporis mentionem faciat; Interpretes tamen id ipsum hac in re observandum esse, quod in superioribus diximus, unanimes docent, Gomez in d. l. 70. Taur. num. 31. Matienz. in d. l. 13. gloss. 1. cum seq. Azev. in ead. l. 13. num. 3. Molin. de just. & jur. disput. 371. Et merito, quia nulla apparet probabilis causa differentiam constituendi; imo e converso maxima adest, servandi idem jus ac in retractibus sanguinis & communionis; cum hæc l. 13. condita sit in civitate Taurina, eodem tempore ac præcedentes, quæ taxationem novem dierum in retractu sanguinis probant, & in C. Recopilationis, etiam quæ eam sequuntur idem tempus assignent, ut vix dubitari queat, quin mens Legislatorum fuerit, hosce quatuor retractus in tempore, & solemnitatibus adhibendis æquales facere.

31, Cæterum animadvertendum est cum Anton. Gomez in d. l. 70. num. 31. Matienz. in d. l. 13. gloss. 1. Molin. de just. & jur. disput. 371. retractum domino directo concessum d. l. 13. in venditione superficiali, cui novem dierum terminum præfinivimus, locum habere quod si superficiarius nullam domino directo pensionem solvere teneatur: si enim superficiali, concessio ipsi sub annua pensio-

, ne facta esset, alius retractus directo domino competet, duos menses duraturus. Quia superficialius annuam pensionem domino solvens, simillimus emphyteuta est: imo minus juris quam verus emphyteuta habet, cum duntaxat in superficie jus aliquod seu utile dominium habeat; emphyteuta vero etiam in solo. At in venditione rei emphyteuticæ retractus, qui domino directo conceditur, ad duos menses protrahitur, l. fin. tit. 8. P. 5. iidem Gom. Mat. & Molin. ubi sup. Huncque retractum in venditione emphyteutis domino tributum Romanæ leges agnoscunt, l. 3. C. de jur. emphyteut.

32, Similiter & illum probant, qui ex pacto de revendendo seu retrovendendo, ut loquuntur, in venditione adjecto nascitur, & conventionalis dicitur, quia contrahentium voluntate seu conventionis pactum apponitur, l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. Cujus pacti executio ex parte emptoris retrovenditio seu revenditio nuncupatur, & ex parte venditoris redemptio. Retractus iste antiquissimus est, & jam lege Moysis probatus, ut de gentilitio diximus, ceu patet ex cap. 25. v. 23. Levitici, ibi: Terra quoque non vendetur in perpetuum: quia mea est, & vos advena & coloni mei estis: unde cuncta regio possessionis vestræ sub redemptionis conditione vendetur. In nostra Hispania expresse stabilitus est, l. 42. tit. 5. P. 5. Venditiones

Ll 2

, au-

, autem, quæ cum hoc pacto  
fiunt, appellantur apud nos a  
*carta de gracia*, quia quod du-  
rent a gratia, seu favore ven-  
ditoris pendet; & nimis sunt  
frequentes, præsertim in hoc Va-  
lentino Regno. Pactum de re-  
vendendo variis modis apponi-  
tur, vel scilicet libertate con-  
cessa venditori redimendi quan-  
docunque voluerit, nullo taxato  
tempore, vel cum temporis ta-  
xatione: quod rursus dupliciter  
fieri potest, vel tempus adji-  
ciendo ut terminum ad quem,  
ut nempe venditori fas sit intra  
illud tempus rem venditam re-  
dimere, quod & frequentius est:  
vel ut terminum a quo, ut re-  
dimendi facultas non nisi post  
tempus assignatum competat.  
Si tempus redimendi fuerit ex-  
pressum, servabitur, atque adeo  
si dictum sit, ut quandocunque  
venditori libuerit redimere sive  
retrahere liceat, in perpetuum  
licebit, cum tale pactum ser-  
vandam dicatur in *d. l. 42. Go-  
mez 2. variar. cap. 2. num. 28.  
Molin. de just. & jur. disp. 374.*  
ubi id etiam probant, argum.  
*l. quod si nolit 31. §. si quid 22.  
de edil. edict.* in qua emptori  
conceditur rem emptam in per-  
petuum redhibere, si inter ipsum  
& venditorem convenerit, ut  
quandocunque ei displiceret,  
redhibere liceret.

33, Cum hæc actio ad redi-  
mendum, utpote ex solo pa-  
cto nascens, mere personalis sit,  
non licebit venditori tertium rei  
possessorem, cui emptor eam  
vendiderit, convenire; sed em-

ptorem duntaxat, ut ei quod  
sua interest solvat, ut satis aper-  
te evincit ipsa *l. 42. in fin. ibi:  
El comprador es tenuto de tor-  
nar la cosa en todas guisas, si  
es en su poder: E si en su  
poder non es, debe pechar al  
vendedor todos los daños, e los  
menoscabos que le vinieron por-  
que no tornó aquella cosa, que  
así avia vendida*, Gomez ubi  
*supr. num. 29. Molin. d. dis-  
put. 374.* ubi satisfacit argumen-  
tis Covarrub. contrarium sen-  
tientis 3. *variar. cap. 8. num. 3.*  
Quamobrem tertius possessor,  
id est, secundus emptor, rem  
quam emit retinebit secure, nisi  
in venditione prima ultra pactum  
de revendendo, apposita fuerit  
conditio, quod non liceret em-  
ptori rem alteri vendere, pen-  
dente redemptionis tempore: quo  
casu cum nulla foret secunda  
venditio, res a secundo empto-  
re auferretur. Non quidem, ut  
male censuerunt iidem Gom. &  
Molin. ubi *supr.* vi laudatæ actio-  
nis personalis, quæ sui natura  
nequit contra extraneum exer-  
ceri; sed officio Judicis, vel  
proposita actione in rem a pri-  
mo emptore, qui tunc tempo-  
ris dominus est, & a quo po-  
stea per actionem personalem  
eam venditor recuperabit. Sane  
si in pacto fuerit expressum, ut  
vendente emptore, res inempta  
censenda esset quasi prima ven-  
ditio non fuisset facta, tunc per  
venditionem ab emptore factam,  
restituente primo venditore  
pretium, dominium rei revivi-  
scret in eo, cui proinde vin-

di-

, dicatio contra quemcunque pos-  
sessori competeret, Hermo-  
sill. plures laudans in *d. l. 42.  
gloss. 7. num. 4.*  
34, Illud tamen in hoc ar-  
gumento pro omnibus retracti-  
bus, quos retulimus, monere  
libet, retrahentem nimirum lo-  
co ejus substitui, cui primum  
res fuit vendita, ut hic immu-  
nis evadat & si forte post ven-  
ditionem primam aliæ ante re-  
tractum fuerint celebratæ, cas-

, satæ intelligantur, quasi non  
exitissent. Itaque sic agitur  
quasi venditor primus ipsi re-  
trahenti vendidisset, in quem  
omnes effectus prioris venditio-  
nis transeunt, Gomez in *d. l. 70.  
Taur. num. 35. Molin. de just.  
& jur. disp. 371.*  
35, De retractu officiorum  
publicorum vide *l. 23. cum seqq.  
tit. 3. lib. 7. Recop. & ibi Azev.*  
De retractu vero jurisdictionis  
adi Larr. *alleg. fiscal. 45.*

## TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

## DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

*Dig. Lib. 19. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 65. & Lib. 11. Tit. 70. (1).*

I S Econda species contra-  
ctuum consensualium,  
seu qui solo consensu perficiuntur,  
est locatio conductio. Habet hic  
contractus magnam affinitatem cum  
emptione & venditione; ac pene  
totus hic titulus consumitur in ex-  
plicandis utriusque contractus si-  
militudinibus & differentiis. Lo-  
catio conductio est: *Contractus,  
quo id agitur, ut pro usu alicu-  
jus rei aut opera personæ certa  
merces præstetur* (2). Itaque in-  
ter emptionem & locationem hæc  
differentia est, & quidem prin-  
cipalis, quod in emptione id  
agitur, ut dominium transfera-  
tur, id est, ut res tota cum om-  
ni jure ad emptorem transeat;

in locatione, ut duntaxat usus rei  
concedatur conductori. Ex quo  
porro & altera nascitur, quod  
emptio titulus perpetuus esse so-  
let, locatio temporalis. Quinimo  
non dominium modo apud loca-  
torem remanet, *l. 39. hoc tit. ve-  
rum etiam possessio; & condu-  
ctor tantum in possessione esse &  
rem detinere dicitur, §. 5. infr. de  
interd. l. 9. de adq. v. am. pos-  
ses.* (3) & passim *alibi*. Unde con-  
stitutum est, ut si conductor fi-  
nito tempore conductionis perti-  
naciter recuset rem conductam  
restituere, moras usque ad de-  
finitivam sententiam nectens, tan-  
quam invasor rei alienæ conde-  
mnetur & ad rem ipsam resti-  
tuen-

(1) Tit. 8. P. 5.

(2) L. 1. d. tit. 8. P. 5.

(3) L. 5. tit. 30. P. 3.

tuendam & insuper ad præstan-  
dam rei æstimationem, *l. penult.*  
*C. hoc tit. (1).*

2 Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unum; alterum operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quam soli, etiam incorporales, ut ususfructus & habitatio, §. 1. & *penult. sup. de usu & habit. (2)*: servitutis tamen prædii nulla locatio est, *l. 44. hoc tit.* cum servitus ad tempus constitui nequeat, *l. 4. de servit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hæcenus ut conductori ignorantia locator obligetur in id quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. 15. §. penult. eod. (3)*. Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solum, quæ mercede æstimari possunt & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquò vehere, *l. 5. §. 2. de præsc. verb.* At, verbi causa, servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur: & ideo si tibi decemdem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l. 5. §. 2.* cui accedit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *l. 19. §. 1. de præsc. verb.* Opera agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces,

sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *l. 1. si mens. fals. mod. dix.* De opera Advocati, Medici, cæterorumque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

## TEXTUS.

## Collatio emptionis, &amp; locationis.

*Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit (4). Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.*

## COMMENTARIUS.

I **L**ocatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, *l. 2. hoc tit.* Nam ut sine re, quæ veniat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemad-

mo-

modum pretium rei venditæ certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *l. 46. hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur; nec dubitandum est, quin beneficio *l. 2. C. de resc. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione, DD. comm. in *d. l. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelligentur.

2 *Si merces constituta sit*] Æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, *l. 28. §. 2. l. 51. §. 1. l. 58. pr. hoc tit.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet & pensio dicitur, *l. 15. §. 4. hoc tit.*

3 *Locatori locati actio, conductori conducti*] Uti in emptione simul atque de pretio convenit emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque; ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni

potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat & mercedem accipit, locator dicitur; is, cui præstantur operæ & qui mercedem dat, conductor, *l. 19. §. penult. l. 22. §. 2. l. 38. hoc tit.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l. 11. §. pen. l. 13. §§. 1. 2. & 3. d. l. 19. §. 7. & pass. hoc tit.* Sed dicendam est, in hac specie locationis diverso respectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis, qualis est artifex, idem sit operæ locator, & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat *d. l. 22. §. 2. hoc tit. & l. 1. de æstint. act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locer magistro aut artifice, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter *inquilinus*; agri, *colorus*; operis, *redemptor*; vectigalis, *publicanus* vel *manceps* veteribus dicitur.

TEX-

(1) *L. 18. tit. 16. P. 5.*(2) *L. 3. tit. 8. P. 5.*(3) *L. 21. eod.*(4) *L. 1. tit. 8. P. 5.*

## TEXTUS.

## De mercede certa vel incerta.

1. *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quæ de causa si fulloni polienda curandæ, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

## COMMENTARIUS.

1 *Si alieno arbitrio pretium]* Huc accommodanda quæ notamus sub §. 1. præced. tit.

2 *Nulla statim mercede constituta]* Mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus essentiali (1), in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus: *Facio ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est, l. 22. de præscr. verb. §. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. obl.

3 *Actio præscriptis verbis]*

(1) L. 1. tit. 8. P. 5.

Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, ll. 1. & 3. seqq. de præscr. verb. Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstrat & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri, quod est in l. 6. C. de transact. ubi Imperator hac ipsa circumlocatione actionem hanc describit. Ob eandem quoque causam hæc actio dicitur in factum, l. 1. & pass. de præscr. verb. Et interdum plena oratione præscriptis verbis in factum, l. 24. d. tit.

## TEXTUS.

## In quibus rebus merces consistat.

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem a te utendam, sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus (2). Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves com-*

(2) D. l. 1.

*modarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competat actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.*

## COMMENTARIUS.

1 *Etiam hic locus* pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit in eo quod merces quoque locationis debet in pecunia numerata consistere, ut pretium emptionis: quod etiam probant l. 23. com. div. l. 1. §. 9. depos. l. 5. §. 2. de præscr. verb. cum similib. Neque hic excipere quis potest, *istis locis* appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, l. 7. §. 3. de senat. Maced. Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam a contractibus innominatis naturam.

2 Unus maxime locus est, qui Corasium lib. 2. misc. 11. Pinell. ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. rubr. cap. 3. num. 29. aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet l. 21. C. hoc tit. Sed dupliciter responderi potest; primum cum Saliceto proponi in d.

Tom. II.

l. 21. casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium a natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non æsimiles coloni partiaris, excepto eo quod coloni partiaris incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt & quasi societatis jus cum domino fundi habent, l. 25. §. 6. hoc tit.

3 Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia initio constituti, fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, l. 9. C. de resc. vend. l. 19. §. 3. hoc tit. Atque ad ejusmodi casum d. l. 21. pertinere. Etsi enim fundus ibi proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata: quippe non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimat, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto ad l. 8. & ad l. 18. C. eod. Ita sentiunt Glossa, Bart. & comm. DD. in d. l. 5. §. 2. de præscript. verb. & d. l. si olei 21. C. hoc tit. Gomez 2. resol. 3.

Mm

n. 3.

n. 3. Fachin. 1. *controv.* 82.

4. Sed proprium genus contractus ] Cem non pecunia numerata, sed res alia pro usu rei datur, conventio in aliud proprium genus contractus transit, innominati scilicet (1), ex quatuor quos recenset Paulus in l. 5. de *præsc. verb.* nosque retulimus in §. 2. de *oblig. num.* 8. & præscriptis verbis agendum, l. 17. §. 3. *sod.*

## TEXTUS.

## De emphyteusi.

3. Adem autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis queri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quandiu pensio sive redditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuius conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur & a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinan-

(1) D. l. 1. tit. 8. P. 5.

(2) L. 28. tit. 8. P. 5.

tem, sed suis passionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur (2).

## COMMENTARIUS.

1. Sunt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, qui ita definitur potest: Contractus quo id agitur, ut dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradat, certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quandiu pensio domino solvatur, tandiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, prædium auferri possit (3). Dixeris, hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in heredem & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est,

(3) D. l. 28.

utilis in rem actio contra quemcunque possessorem competit, l. 1. §. 1. si ag. *vest.* Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet; item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

2. De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda ] Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura atque insitione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & conservarentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret; quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperunt. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, a verbo Græco ἐμφύτεω, quod Latinis est, *insero, implanto.* Dicuntur & agri *vestigales*, a *vestigali*, id est, pensione seu canone, qui a possessoribus solvitur. Nam *vestigal* quemlibet redditum significat. Cicero in *patrodox.* 6. *Ex tenui meo vestiga-*

li aliquid etiam redundat. Cæterum usu veterum fere soli agri publici ista conditione locati vestigales appellantur, l. 1. si ager *vest.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam lex insitionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auth.* Si quas ruinas C. de *SS. Eccles.* l. 15. §. 26. de *damn. infect.*

3. Ait, *perpetuo fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, l. 1. C. de *offic. com. sac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, ll. 1. & 3. C. de *locat. prædior. civil. lib.* 11. quanquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, l. *ult. si ager vestig.* l. 1. §. 3. de *superfic.* Cæterum ut emphyteusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventionione & ex eo, quod actum est. Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi domini, l. 39. *hoc tit.* Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediuntur, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad sex aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem & interdictum uti possidetis, jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nunciandi; quæ omnia emphyteusis concessa esse constat.

4. Ait, *quæ traduntur.* Recte autem Interpretes statuunt,

ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantum. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediate nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant duntaxat, *l. 3. de oblig. & action. junct. l. 20. C. de pact.* adeoque perspicue falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit, ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

5 *Quantum pensio præstetur*] Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati domini, in cuius rei fidem etiam solvitur. Quoad canonem suo tempore solvitur, non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pacto suadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt. (1)*. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. Qui rem C. de SS. Ec-*

*cles. (2)*. Etenimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsam sine protestatione receperit; renunciasset caducitati videtur, per *l. pen. de leg. commiss. Anton. Fab. C. suo hoc tit. defm. 16. Perez in C. hoc tit. in fin.* Quin etiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsam post tempus, quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat, *Clar. §. emphyteusis, quest. 10. Fachin. 1. contr. 99.* Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennii non solum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l. 176. de div. reg. jur. l. 7. C. unde vi. Vid. Clar. d. §. quest. 11. Fachin. d. lib. 1. contr. 95.* Loci, qui de expulsionem loquuntur, intelligendi de expulsionem legitima, quæ fit auctoritate Judicis, *Grot. lib. 2. intr. cap. 40. Mornac. ad l. 2. C. de jur. emphyt.*

6 *Vendiderit, aut donaverit*] Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses a facta denunciatione tantundem offerat, *l. 3. vers. sed ne hac C. hoc tit. de jur. emphyt. (3)*. Donandi vero vel cum alio permutandi etiam dominio irrequisito. Utrique

ta-

(1) *D. l. 28. tit. 8. P. 5.*  
 (2) *L. 29. tit. 8. P. 5.*

(2) *D. l. 28.*

tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare vellet, quo dominus novum emphyteutam, accepto ab eo in quem res translata est, laudemio (1), quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat juxta *d. l. 3. in fin. & ibi Jas. col. 14. & seq. (2)*.

7 *Lex Zenoniana lata est*] Zeno *l. 1. C. hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis seu venditionis titulis adijceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatim: utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. Unde Interpretes nostri inferunt, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distinguendum oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi debet: vide *sup. §. 2. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ; quippe quas non minus, quam temporales, omnes

gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud est, quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio.

8 Sed nec illud verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, a Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Joseph. 2. *Antiq. Judaic. 4. Arist. 2. Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptioni an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventionem haberet naturam. Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutens, detexit, ut disputat *Coras. 1. misc. 21. num. 4.*

9 Plane si vera est communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam (quæ opinio probari videtur verbis legis: *Scriptura interveniente*), juri civili hic contractus adscribi potest: non utique mero, sed mixto, arg. *l. 6. de just. & jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nolit contractum subsistere; sed quia ad probationem rei gestæ in hoc contractu necessaria est; cu-

jus

(1) *D. l. 29.*

(2) *D. l. 29.*



jus alioqui fides decursu temporis, ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerant, Connan. 7. *comm.* 12. Perez C. *hoc tit. num.* 2. Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolute positi conditionem contineant, seu ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. 1. *supr. de test. milit. l.* 24. *eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei, ad cujusmodi contractuum substantiam scripturam desiderari non sit credibile.

10 *Neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem*] Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse: sed cœpisse esse specialem contractum, peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locatione: cum quibus antea confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quandam cum illis duobus retineret & hæcenus ad utrumque inclinaret.

11 Simillimus, ut obiter id dicam, contractui emphyteutico est contractus censualis: de quo late loquimur *infr. in Append. de censibus.*

12 *Ac si naturalis esset contractus*] Id est, haud secus ac

quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventionem legem accipiunt, *l.* 23. *de div. reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut *hic* loquitur Justinianus (1), non tantum circa præstationem periculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.*

13 *Siquidem totius rei interitus*] Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l.* 1. *C. eod.* Quapropter nec ob sterilitatem petere poterit remissionem pensionis. Neque est contrarium, quod eo casu in locatione pensio remittenda est, *l.* 15. §. 2. & *seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Plane si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit, ut proportionem fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio justa mercede facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec

mo-

moveere nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractionibus sequimur id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quam natura & conditio negotii, quod geritur, *Clar. §. emphyteusis, quæst.* 8. *num.* 7. & *seq. Anton. Fab. C. suo, de jur. emphyt. defun.* 36.

14, IN HISPANIA emphyteusis sine scriptura constitui nequit, *l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5. ibi: *E por escrito: ca de otra guisa, sa non valdria.* Præterea, si emphyteuta per biennium vel triennium cessaverit in solutione canonis secundum distinctionem *supra* traditam, poterit res emphyteutica a domino directo occupari, non expectato Judicis mandato, *d. l.* 28. *vers.* E aut, ibi: *Los señores della, sin mandado del Juez, la pueden tomar.* In hoc tamen casu tres limitationes adducit Greg. Lop. in *gloss.* 15. *ejusd. l.* 28. nempe: si emphyteuta resisteret: si dominus jam Judicem adivit non protestans solum sibi manere jus expellendi emphyteutam propria auctoritate: & si emphyteuta negaret se non solvisse, seu diceret tempus solutionis nondum elapsum; propterea quod res tunc efficeretur dubia. Plane quia hujus potestatis abusus plurimum obnoxius esset privatorum rixis, quæ Republicam turbant, exercitium potestatis istius usus non recepit. Et animadvertendum est, decem dies emphyteutæ concedi ad purgan-

dam moram, quin interim possit dominus, vel canonem recusare, vel rem occupare, *d. l.* 28. *vers.* Pero. Denique, ne dum totius rei interitus periculum ad dominum pertinet; sed etiam quando talis est interitus, ut minus quam octava rei pars remaneat, *d. l.* 28. & ibi Lop. *gloss.* 12. ubi optimam appellat hanc taxationem.

15, Quia alienationes rerum emphyteutarum frequentissimæ sunt in hoc Valentino Regno, atque in eis quædam servantur, a jure communi Hispaniæ, seu a jure communi Castellæ, ut loquuntur, devia & municipalia seu forali hujus Regni consona, quamvis istud fuerit per illud abolitum anno 1707: quædam etiam quæ contra vel præter idem jus commune legitima introductæ sunt consuetudo: idcirco ea breviter recensere placet in gratiam eorum qui suas in hoc Regno facultates seu negotia habent.

16, Sciendum igitur primo: laudemium quod ex alienatione rei emphyteuticæ domino directo debetur, non esse quinquagesimam pretii partem, sed decimam, *foro 3. rubr. de jur. emphyt.* Bas in *Theatr. jurispr. part.* 1. *cap.* 30. *n.* 138. Vix tamen reperies dominum directum qui tertiam hujus decimæ partem non condonet. Secundo: consuetudine receptum esse, ut laudemium solvatur a venditore, idem Bas *d. cap.* 30. *num.* 142. ubi addit etiam in aliis Regnis hanc consuetudinem vigere.

, Ter-

(1) *D. l.* 28. *tit.* 8. *P.* 5.

17, Tertio : consuetudine quoque introductum esse, ut manus mortuæ rem emphyteuticam possidentes quinquennium domino directo solvere teneantur. Nihil autem aliud est quinquennium, quam : *Laudemium*, decimoquintoquoque anno solvendum tanquam si tunc res alienaretur. Ratio illud introductum fuit, quia cum manus mortuæ nequeant alienare res immobiles in quibus emphyteusis constituitur, censetur penes illas perpetuo mansura res emphyteutica quam acquisierint; atque idcirco inutile jus percipiendi laudemium directo domino competitens ex alienatione. Quia vero æquum non fuit visum, hac via privari dominum hujus juris sui utilitate, ad quam in concedenda emphyteusi animum attendit; fingitur manus mortuas in singulos quindecim annos res emphyteuticas alienare. Manus vero mortuæ quæ solutioni quinquennii adstringuntur, sunt Civitates, Ecclesiæ, Monasteria, Communitates, Confraternitates, Collegia, aliaque similia corpora sive ecclesiastica, sive secularia quæ semper permanent, nec mutari censentur, licet personæ ea representantes mutantur. Vide Bas late de hoc agentem, & in nonnullis aliis Provinciis simile jus servari docentem in *d. cap. 30. a n. 182.* Crespi *observ.* 61. & 106. Leon *decis.* 77. Matheu *de regim.* cap. 2. §. 5. Quamvis vero ratio inductiva quinquennii plene aptetur majoratum, & perpe-

tuorum fideicommissorum possessoribus; hi tamen illud non solvunt: quia consuetudo, quæ illud introduxit, extensionem non admittit, ut omnibus notum est, & in eis non viget, Bas *dict. cap. 30. num. 197.* Crespi *d. observ.* 106. Matheu *d. §. 5. a num. 115.*

18, Et denique jus retrahendi domino directo concessum, ut extraneo emptori præferatur (*de fadiga* appellamus), 30. diebus terminatur, *for. 28. de jur. emphyt.* Si quæras autem rationem, cur foris abolitum, ut modo diximus, serventur etiamnum decisiones eorum quas retulimus nedum in emphyteusibus abolitione forum vetustioribus, sed etiam in recentioribus; non aliam invenimus, quam cum antiquiores, quæ utique plurimæ sunt, hanc naturam assumpserint in sui creatione ex legibus quæ tunc vigeant, censentur contrahentes in novis quas contrahunt, velle eandem naturam servare, in similitudinem antiquarum: notissimum autem est, ut sæpe diximus *ex l. 23. de div. reg. jur. & aliis*, omnes contractus ex voluntate contrahentium legem capere: quod & in emphyteusi observari docet Justinianus in *nostro text.* & nos exposuimus in *n. 12. hujus commentarii.*

TEX-

## TEXTUS.

## De forma alicui facienda ab artifice.

4. Item queritur, si cum aurifex Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.

## COMMENTARIUS.

I Affert hic Justinianus aliud exemplum negotii, quo dubitatur, emptio venditio contraheretur, an locatio conductio; nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim, hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris, esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse di-

Tom. II.

cebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censi, tantumque emptionem & venditionem esse, *l. 2. hoc tit.*

2 Placuit, tantum emptionem & venditionem] *d. l. 2.* Si cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantum contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique in pretio constituendo non materiæ solum, sed etiam artificii ratio habeatur? Cui sententiæ convenit quod Javolenus scribit *l. 65. de contr. empt.* totiens conductionem alicujus rei esse, quotiens materia, in qua aliquid præstat in eodem statu ejusdem manet: quotiens vero & immutatur & alienatur, emptionem magis, quam locationem intelligi. Id autem in casu proposito contingit auro. Non adversatur huic sententiæ Paulus in *l. 22. §. 1. hoc tit.* ubi ait, cum insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri & tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quoniam cum aream meam do, ut in ea insula fiat, substantia & materia, in

Nn

quam

quam agit artifex, a me proficitur, l. 20. in fin. de contr. empt. neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat; proindeque locatio ista materiam necessario includit, & quasi absorbet.

## TEXTUS.

Quid præstare debet conductor.

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege præmissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu, aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

## COMMENTARIUS.

I Secundum legem conductionis] Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, debet omnia conductor facere, l. 7. §. 5. de pact. d. l. 23. de div. reg. jur. Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam

(1) L. 7. tit. 8. P. §.

ex pactioe adjecta contractus accipit, ipsamve pactioem, l. 40. l. 60. l. 68. de contr. empt. l. 24. hoc tit. cum similibus.

2 Ex bono & æquo præstare] Ante omnia itaque colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriore (1). Præterea visillarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, l. 25. §. 3. hoc tit. Inquilinus, ut in domo locata recte versetur, ex honesta non faciat cauponam, l. 3. C. eod. Uterque ut pensiones suas quæque tempore solvat, l. 54. §. 1. hoc tit. Ni ita se gerat conductor & pensionem præstet, impune expelli potest, d. l. 54. §. 1. l. 3. C. eod. (2). Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate Magistratus eum expelli debere, Ant. Fab. C. suo, hoc tit. defir. 11.

3 Qualem diligentissimus paterfamilias] Simile est quod traditur in l. 25. §. pen. hoc tit. At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in l. 5. §. 2. commod. ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia, quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentia opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus sub.

(2) L. 5. eod.

sub §. 2. supr. quib. mod. re contr. oblig. Idemque evidentissime ostendit l. 3. §. 1. naut. caup. stabul. & ipsa ratio suadet levius agendum cum eo qui mercedem pro usu rei præstat, quam cum illo qui gratuitum ejus usum habet, qualis est commodatarius. Igitur culpa levis duntaxat, & non levissima a conductore præstanda (1).

4 Quid ergo respondemus ad hunc textum? Nimirum idem, quod Interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo, verbum diligentissimus pro diligens; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & pene modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur nonnunquam, ut vidimus supr. §. 2. quib. mod. re contr. oblig. Alii respondent, casus esse speciales, qui hic & in d. §. penult. proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua, quasi damno maxime obnoxia, accuratissimam custodiam desiderant; altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, argum. l. 1. §. 35. depos. (2).

5 Et aliquo casu fortui-

(1) D. l. 7. tit. 8. P. §.

(2) L. 8. tit. 8. P. §.

(3) D. l. 8.

to] (3). Quod hic excluditur casus fortuitus, non satis argumenti est, culpam levissimam a conductore præstandam, ut ostendimus supr. §. ult. quib. mod. re contr. obl. n. ult.

## TEXTUS.

De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit (4).

## COMMENTARIUS.

I Morte conductoris conductionem non expirare, sed heredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, l. 10. C. hoc tit. & contra, nec morte locatoris expirat: quippe heres universi juris & onerum defuncti successor est, l. 37. de adq. v. om. hered. (5), & qui contrahit, & sibi & heredi contrahere intelligitur: excipe tamen eos contractus in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate, & mandato, qui morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proxime seqq. Particularis autem successor, emptor aut legatarius, non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, l. 25. §. 1. l. 32. hoc tit.

2 Tempore autem conductionis elapso liberum est locatori

Nn 2

con-

(4) L. 2. tit. 8. P. §.

(5) D. l. 2.

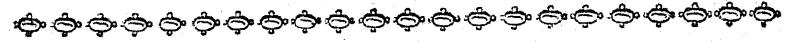
conductorem expellere, & alteri rem eandem locare, l. 32. C. de locat. & cond. (1). Excipe vero fundorum publicorum conductores, qui novis conductoribus præferuntur, si facta per alios augmenta suscipiant, ut tanquam æquitati congruum jubetur l. 4. C. de locat. præd. civil. cujus juris specialis ea forte est ratio, quam tradit Gomez 2. variar. 3. num. 5. quia nempe conductores isti nonnunquam detinentur inviti. Sed & interdum id ipsum locatori licebit, nondum finito locationis tempore, si nempe conductor mercedem non solverit, vel in æde locata male fuerit versatus: aut dominus eam propriis usibus sibi necessariam esse probaverit, vel ipsam corrigere seu reficere maluerit, l. 3. C. de locat. & cond. (2). Advertendum tamen est, non aliter necessitatem in domino habitandi ædem suam, tribuere ei potestatem expellendi inquilinum, quam si de novo post locationem factam supervenerit, ut bene probat Gom. ubi supr. n. 6. An autem & quando locationes a rerum administratoribus factæ durent post administrationem finitam, vide eundem Gom. ibid. n. 8. D. Covarr. lib. 2. variar. cap. 15. a n. 5. & nostrum Digestum lib. 19. tit. 2. n. 13.

3. In HISPANIA statutum quoque est successorem singularem, utputa emptorem rei locatæ, non teneri stare locationi factæ a venditore, l. 19. tit. 8. P. 5. ut ex Romanorum jure modo vidimus. Duos au-

tem casus *lex eadem* excipit: primum videlicet, cum venditio ea conditione fuerit facta, ut conductio duraret: secundum, quando ad totum vitæ tempus sit facta locatio: quem Gomez d. lib. 2. var. 3. num. 9. extendit ad locationes ad decennium factas, ideinque indicat D. Covarr. d. lib. 2. variar. cap. 15. num. 2. Sed probabilius id reprobatur Gregor. Lop. in gloss. 7. d. l. 19. Prior casus expresse etiam probatus est Romanis legibus, l. 9. C. de locat. & cond. Secundus non ita, quamvis communiter etiam ab earundem Interpp. admissus, arg. l. 1. §. 3. de superfic.

4. Clarius quoque de reconductione loquuntur leges nostræ Hispanæ, quam Romanæ: quoadquidem istæ simpliciter, & indefinite statuunt, reconductionem intelligi ex eo quod colonus post tempus finitum in fundo remaneat, l. 13. §. 11. cum seq. locati conduc. cum nostræ tempus mansionis definiant, l. 20. d. tit. 8. P. 5. ubi: *Fincare en ella por tres dias*: quæ doctrina utroque jure exaudienda est: de colonis seu conductoribus agrorum, & ita ut reconductio in anno, seu annis mansionis intelligatur; non ultra, licet conductio quæ præcesserat in plures annos fuisset facta: in inquilinis autem alio jure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita obligetur, ceu patet ex iisdem l. Sed & reconductio in an-

, annum sequentem hodie apud nos intelligitur, si in initio ultimi conductionis anni locator colonum non monuerit, vel vice versa, de locatione finienda, ut unusquisque in futurum alia via sibi caveat, ut jubetur in *epistola supremi Senatus Castellæ sub die 26. Maji ann. 1770.*



## APPENDIX JURIS HISPANI. DE CENSIBUS.

1. Unde veniat nomen census; & varietas ipsius acceptiones & species, & nn. 2. & 3.
4. Quid sit census reservativus: differentie inter censum reservativum, & emphyteusim, & de quo intelligenda l. 68. Tauri, quæ penam commissi probat, & nn. 5. 6. & 7. & an census in dubio judicandus emphyteuticus vel reservativus.
8. Justitia census reservativi ejusque species, & n. 9.
10. An constitutio census reservativi sit contractus.
11. De censu reservativo redimibili.
12. De natura census consignativi, & n. 13.
14. Varietates ejus species, & n. 15.
16. De requisitis in censu, præcipue de pretio, & nn. 17. & 18.
19. De pretio census emphyteutici.
20. De pensione.
21. De re, quæ censui subjicitur, & an in ea hypotheca, aut jus aliud constituatur, & nn. 22. 23. 24. & 25.
26. Res debent esse frugiferae, & immobiles.
27. De pactis, quæ contractui census adjici solent, & nn. 28. 29. & 30.
31. De pretio minore quam illud quod leges taxant.
32. De modis quibus census extinguuntur late, & nn. 33. 34. 35. 36. 37. & 38.
39. De debitorio, deque l. 5. C. de act. empt. & vend. & nn. 40. & 41.
42. De obligatione manifestandi census rebus impositos, & nn. 43. & 44.

I. CENSUS dictus est a *censere*, quatenus hoc verbum significat recensere, describere, aut æstimare: quæ origine attenda & de personis prædicatur, & de rebus, ut sit: *Descriptio personarum, seu descriptio & æstimatio bonorum, quæ in hominum patrimoniis sunt*, ut Principi præstentur tributa, & cætera quæ ipsi debentur: hocque sensu capitur, in

(1) L. 6. tit. 8. P. 5.

(2) D. l. 6.

in titulis Pand. & C. de censib. Hinc dictum census agere, pro nomina & facultates singulorum civium recensere; indeque appellati Censores seu Censitores qui id peragebant, ut patet ex Varrone lib. 4. de ling. lat. & Fest. lib. 3. quos refert & sequitur Hotoman. in Magist. Roman. descript. verbo Censores, & ex illo Ciceronis lib. 3. de legibus: Censores populi civitates, soboles, familias pecuniasque censento.

2, Nonnunquam sumitur etiam verbum census ad significandum ipsum tributum, ut in l. 2. C. sin. cens. & reliq. l. 8. tit. 22. P. 1. ibi: Censo, & tributo, & in illo Matthæi Apost. c. 22. v. 17. licet census dare Cæsari, an non? ut recte notarunt Felician. de censib. in proxim. n. 6. Covarr. 3. var. cap. 7. n. 11. & Molin. de just. & jure tract. 2. disp. 381. Atque inde capite censi seu censiti dicebantur illi, qui nullo, aut perquam parvo ære censebantur, quoniam in his solum capiti census seu tributum imponebatur. Sumitur etiam census pro quocunque onere alieni cui imposito; & quoad præstationem pro omni eo quod alieni cui in singulos annos præstatur ratione subjectionis, foundationis, seu alterius justæ causæ: de quibus acceptionibus videri poterunt Molin. ubi sup. & late agens Avend. de censib. cap. 2.

3, In nulla tamen harum significationum nobis hoc loco sermo est de censibus: sed de

eis duntaxat quatenus sunt: Jus percipiendi annuum reditum seu pensionem procedens & translatione domini rei alicujus seu quantitatis certo modo factæ in eum, qui præstat reditum. Ita definiti relatione ad eum cui debentur facta, in triplici sunt differentia, ut alii dicantur census emphyteutici, alii reservativi, & consignativi alteri. Et quia de emphyteuticis locuti jam sumus in §. 3. de locat. & conduct. ceteri erunt hujus Append. argumentum præcipuum.

4, Census itaque reservativus seu retentivus contingit: Cum quis alteri rem immobilem dat transferendo in eum omne jus sive dominium directum, & utile, reservata sibi annua pensione in fructibus, vel pecunia solvenda a censuario, qui rem accipit, Cenc. de censib. quæstion. 1. n. 5. Felician. de censib. lib. 1. cap. 4. n. 15. & Avend. ubi sup. cap. 13. n. 2. laudans plurimos, qui ita ejus naturam explicant, & justitiam probant. Nomen a reservatione pensionis accipit. Antiquissimum ejus exemplum habemus in c. 47. Genesis, ubi sacer textus commemorat, Joseph Pharaonis nomine prædia Aegyptiis dedisse ea lege, ut quotannis fructuum partem quintam Pharaoni persolverent. Illum quoque probaverunt Dioclet. & Maxim. in l. ult. C. de rer. permut. dum donationem ea lege factam, ut donatarius pensionem menstruam seu annuam præstaret, ratam esse respondent.

, Ia-

5, Inter hunc autem census & emphyteusim nonnullæ observantur differentiæ, quas tradunt Molin. d. disp. 381. a v. Differt, Covarr. d. cap. 7. n. 1. Felician. ubi sup. a n. 11. alii, que, prima nempe: quod per census transfertur utrumque dominium directum & utile in censuarium; in emphyteusi utile duntaxat in emphyteutam, directo penes concedentem remanente, qui idcirco dominus directus appellatur. Hanc differentiam clavem totius materiæ esse ad cognoscendam utriusque naturam, & ab omnibus ut talem designari, dixit Avend. de censib. cap. 13. n. 3. Atque hinc dici solet, nos censusolvere de re nostra, pensionem vero emphyteuticam de re aliena, quia scilicet res unde emphyteuta pensionem solvit, ad annum quoad dominium directum spectat.

6, Differt secundo emphyteusis a censu: quia si pensio ab emphyteuta biennio, aut triennio non solvatur, res in commissum incidit, id est, dominium ejus utile ad dominium directum redit, ut vidimus in §. 3. de locat. & conduct. quod contra evenit in censu, etsi mille annis non solvatur, ut alios laudans ait Covarr. d. num. 1. & com. DD. ut res sit extra omnem controversiam. Cæterum si in constituendo hoc censu reservativo lex, pactum, seu conditio apponatur, quod census debitore illum intra certum tempus non solvente, res in

commissum incidat, valida erit pactio. De hoc enim censu exaudienda est l. 1. tit. 15. lib. 5. Recop. (68. Tauri) quæ hanc pactionem probat, ut eam intellexit Molina d. disp. 381. v. Dubium, & late probat Avend. ubi sup. cap. 90. n. 4. Hancque interpretationem praxi & usu Tribunalium receptam testantur Doctores ipsi, qui verba d. l. 1. solum censui consignativo convenire contendunt, ut inter alios sunt Covarr. d. cap. 7. n. 1. & latissime Gutier. de juram. confirm. part. 1. cap. 31. n. 10. & pract. quæst. lib. 2. quæst. 168. qui ulterius asserere non dubitat poenam commissi in censu consignativo injustam esse & iniquam; atque idcirco d. l. 1. rigidissimam appellat, proindeque nec usitatam, nec executioni tradendam. Gomez in d. l. 68. Tauri, eam de omni censu intelligit; Ludov. vero Mexia in l. Regiæ Toleti de los terminos, fundam. 2. part. 2. a n. 35. de censu emphyteutico: quam interpretationem veram, dicit Avend. in d. cap. 90. n. 2. eamque ab oppositis vindicat. Itaque in sententia hujus Doctoris, quam praxis merito probavit, intelligenda est laudata lex 1. & de censu emphyteutico, & de reservativo, & nequam de consignativo, maximum si redimibilis hic fuerit, ut regulare est. Ratio autem admittendi in censu reservativo prædictam pactionem ea est, quam tradunt Molina & communiter Doctores in locis lau-

, da-

, *datis* : quia nempe, cum in eo res concedatur quoad dominium utile & directum, reservata annua pensione, potest juste qui rem ita concedit, non aliter velle eam concedere, quam sub eo pacto & conditione, ut si pensio intra certum tempus non solvatur, res quoad utrumque dominium ad ipsum redeat: non secus ac ita potest juste velle, & vult in dominio utili qui rem in emphyteusim concedit. Et observandum laudatam *leg. 1.* probare pactionem de commissi poena etiamsi magna sit, ita ut dimidium excedat, ubi: *Se guarde el contrato, y se juzgue por él, pnesto que la pena sea grande, y mas de la mitad* : quod late explicat *Avend. de censib. cap. 91.*

7, Tertio differunt emphyteusis, & census reservativus, quia emphyteuta non potest vendere rem emphyteuticam irrequesito domino directo, alioquin cadet in commissum; & præterea tenetur ex pretio laudemium solvere ipsi domino: quod utrumque aliter se habet in debitore census, *Molin. d. disput. 381. v. Tertio*, & omnes de hac re agentes. Licet autem hæ tres differentiæ certæ omnino sint; dubitatur nonnunquam an contractus censualis emphyteuticus sit, vel censualis in specie. Dum hoc contigerit, decidenda erit quæstio ex diligentia circumstantiarum observatione, atque in ea potius attendenda natura, & substantia contractus, quam verba quæ passim a

Tabellionibus propter eorum imperitiam confunduntur, ut *motinet Avend. ubi sup. cap. 13. n. 6. Covarr. 3. var. cap. 11. n. 5. Molin. disp. 383. v. Contractus*. Si autem ex circumstantiis id elici non possit, potius censualis, quam emphyteuticus judicandus, sive privatus fuerit, qui rem censui tradidit, sive Ecclesia, *Molin. ubi sup. Covarr. d. cap. 7. n. 1.* alios laudantes. Ratio est: quia in dubio melior est conditio possidentis rem, cum de gravando eo agatur; neque plus gravaminis ipsi injungendum, quam verisimiliter eum habere constet.

8, Hujus census reservativus justitia notissima est: quia cum censuarius dominium rei acquirat nullo soluto pretio præter annuam pensionem veteri domino solvendam, justum est, ut hanc pensionem ei solvat, ut inter eos æqualitas justitiæ commutativæ servetur, *Avend. d. cap. 13. n. 10.* Creari autem seu constitui potest hic census, nedum conventione, sed etiam testamento: utputa si testator alicui legaverit rem immobilem fructiferam cum reservatione annuæ pensionis heredibus, aut alteri solvendæ, idem *Avend. in d. tract. de censib. cap. 3.*

9, Poteritque etiam constitui, sive perpetuus, sive redimibilis, seu ad vitam, cum nulla ratio, quæ id impedire queat, appareat. Si autem simpliciter constitutus fuerit, ut de mente constituentis dubitetur, potius per-

petuus, quam redimibilis census: tum quia ex sua natura perpetuus & irredimibilis est, ut notant *Felician. de censib. tom. 2. lib. 1. cap. 10. n. 8. vers. Denique*, & *Molin. de justitia & jur. tract. 2. disp. 382. vers. Secundus*: tum etiam quia vetus rei dominus reservando sibi pensionem, retinet jus eam percipiendi, quod cum in locum domini quod habebat, succedat, perpetuum est, sicut ipsum dominium erat: quæ aliisque rationibus hanc sententiam sustinet *Avend. d. tract. cap. 14. & Covarruv. lib. 3. cap. 10. n. 5.* ubi etiam asserit, census in dubio potius reservativum, quam consignativum existimandum; nonnullasque exceptiones adducit ex conjecturis procedentes, quas Judicem diligenter examinare debere monent. Cæterum *Vela dissert. 33. num. 70.* tuetur in dubio census non reservativum, sed consignativum judicandum, & potius redimibilem, quam irredimibilem, quia consignativus redimibilis & frequentior est, & debitori levior: quod non displicet, quia favorabiliores sunt partes debitoris seu rei, quam actoris, *l. 125. de div. reg. jur.*

10, Disputant Doctores an conventio qua census reservativus constituitur, sit contractus, & qualis. In hac quæstione vera est sententia *Avend. ubi sup. cap. 15. & Molin. d. tract. 2. disp. 381. in fin. & disp. 382.* asserentium, contractum non esse neque nominatum, neque

innominatum, seu quod eodem recidit, neque emptionem venditionem esse, neque permutationem: quia locationem non esse res est clarissima, ut ostendit ipse *Avend. d. cap. num. 3.* Ratio quam iidem tradunt solidida est & clara: quia nimirum, tam in emptione quam in permutatione, factum, id est, dationem ex parte utriusque contrahentis intervenire necesse est: quod in hoc censu non evenit; in quo solum dat qui rem censuario tradit, nihil ab eo accipiens; jus etenim percipiendi pensionem, quod velut pars quædam est integri juris, seu pleni domini, non accipit ab alio, sed per reservationem in ipsa census constitutione factam, retinet. Superest ergo ut sit nudum pactum appositum in rei traditione, quod tanquam ea vestitum actionem præscriptis verbis etiam apud Romanos produxit, ut patet ex *l. ult. C. de rer. permut.* quæ de hoc censu loquitur & laudata est *supr. num. 4.*

11, Denique cum census iste reservativus possit constitui redimibilis, ut nuper diximus, *n. 9.* redimetur seu extinguetur solvente debitore creditori quantitatem, quæ pro eo redimendo conventa fuerit: & si hæc constituta non fuerit, arbitrio Judicis æstimabitur, ut alia quæ certo jure definita non sunt. Et quia hæc redemptio vera venditio est juris percipiendi pensionem, solutioni gabellæ obnoxia erit quandocunque con-

tigerit, idem Molin. *d. disp.* 382. Avend. *d. cap.* 15. *a n.* 10.

12 , Alter census, qui exponendus restat & frequentissimus est, *consignativus* dicitur, quia nempe consignatur constituitur seu exhibetur in rebus ejus qui illum concedit, manente earundem rerum dominio tam utili quam directo in ipso, met concedente; & nonnunquam in ipsa constituentis persona consignatur: quod an jure fiat acriter Doctores disputant, ut mox videbimus. Regulare est, ut pro pretio certo in pecunia numerata constituatur, & tunc vera emptio venditio erit. Potest tamen ex se, nulla scilicet lege prohibente, aliis titulis concedi, ut permutatione, donatione, in compensationem vel distributionem operarum obsequiorumve, aut ultima voluntate; & pro tituli ratione variam naturam sortiatur. Nos autem de contracto per emptionem loquimur, nedum quia frequentissimus est; sed etiam quia & eo explicato, facile intelligetur quid dicendum sit de censibus alio titulo comparatis.

13 , His præhabitis, census consignativum, quem plures constitutiones Pontificiæ, legesque nostræ probant, definimus ut sit: *Emptio qua quis, dato certo pretio super bona alterius immobilia, certa pecunia emit, jus accipiendi annuum, mensurum aut alium similem redditum seu pensionem, manente venditore redditus domino rei, ut antea erat.* Dicimus dato

*certo pretio*, quia census non perficitur sola conventionem, ut emptiones cæteræ, sed ad sui perfectionem numerationem requirit sive veram, sive fictam, ut docet Vela *dissert.* 34. *n.* 37. In vitalitio tamen veram exigunt, *lex 8. tit. 15. lib. 6. Recop.* idem Vela *dissert.* 36. *a n.* 37. In hoc censu, ut ostendit etiam definitio, emitur jus percipiendi redditum seu pensionem, non vero ipsa pensio seu redditus, ut probant Covarruv. 3. *var. cap.* 7. *num.* 2. Avend. *de censib. cap.* 17. *num.* 20. & passim Doctores. Unde licet iste soleat constitui in pecunia numerata, non proinde dicitur pecuniam pro pecunia dari, huncque contractum non esse emptionem. Nec obstat quod dicere solemus, emi annuos redditus, census, seu pensiones, quia hæc, similiaque nomina frequenter duplici sensu sumuntur. Primo modo materialiter pro rebus ipsis quæ quotannis aut aliis statutis temporibus solvuntur: altero pro jure res eadem exigendi & percipiendi, atque in hac acceptione merx sunt in contractu census, Covarr. 3. *var. cap.* 7. *n.* 2. Molin. *d. disp.* 383. *vers.* *Ex dictis.*

14 , Dividitur census iste ex parte rei quæ solvitur in pecuniarium qui solvitur in pecunia numerata, & in fructuarium qui in fructibus terræ, tritico, vino, oleo, & similibus. Cæterum in nostra Hispania *l.* 4. *tit.* 15. *lib.* 5. *Recop.* expres-

7 se

se prohibet census hunc redimibilem, cujus pensio in alia re quam pecunia solvatur: de quo postea ex professo. Ratione vero temporis partitur in eum, cujus pensio solvenda est quotannis, in singulos menses, vel aliis statutis temporibus. Et demum ratione durationis in perpetuum, & temporalem: quæ duæ species subdividuntur; perpetuus nempe in irredimibilem, qui simpliciter perpetuus est, soletque a nostratibus ita vocari, & in redimibilem, qui fit cum pacto de revendendo, & *censo al quitar* in nostra Hispania dicitur: quique perpetuus nihilominus recte appellatur, cum non finiat tempore, ut probant Vela *dissert.* 33. *n.* 51. & Cenc. *de censib. quest.* 2. In lege tamen 7. *d. tit.* 15. *lib.* 5. *Recop.* perpetuo opponitur: quod & apud Doctores frequens. Temporalis subdividitur in eum qui certum annorum numerum durat, ut si constituatur ad 10, 20, vel 30. annos, & in eum qui in incertum annorum numerum confertur, qualis est qui ad vitam ementis, vendentis, vel alterius constituitur, & *vitalitius* idcirco solet appellari. Animadvertendum autem, hunc vitalitium census adeo esse anomalum, ut si juxta cæterorum regulas eum examinare voleris, esse proprie census negares. Per eum etenim perpetuo alienando sortem seu pretium absque ulla spe illud recuperandi, emimus jus exigen-

di annuam pensionem, nulla habita ratione neque rei ullius, neque industriæ seu operarum personæ unde solvenda sit, sed solius vitæ ejus ad quam fuit constitutus: qua finita census extinguitur, & nullo alio modo: unde ab ea sola regitur & pendet & in constituendo, & in conservando. Quæ omnia & quod huic censui taxatum sit minus pretium seu major pensio, ut videbimus *n.* 17. licita evadunt, quia dies mortis incertus, Salg. in *Labyr. part.* 1. *cap.* 20. Covarr. *lib.* 3. *var. cap.* 7. *n.* 3. Felician. *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 19. Vela *dissert.* 35. *n.* 57. & latius *dissert.* 36. *a n.* 42. Omnes hæc divisiones lo-

cum etiam habent in censu reservativo. Vide Molin. pulchre & solide examinantem omnes census consignativi species, quas retulimus, in *d. tract.* 2. *a disp.* 383. usque ad *disp.* 389. 15. Molina ipse in *d. disput.* 383. aliam divisionem census consignativi tradit in personalem, & realem: personalem appellans eum, qui in persona collocatur quin in re ulla vel ex ulla debeatur. At hæc divisio suspecta est, negantibus posse census in persona creati, plurimis quos laudant & sequuntur Faria ad Covarr. 3. *variar. cap.* 7. *n.* 27. Vela *dissert.* 35. *nn.* 27. & 102. cum quinque seqq. aliisque, Avend. *de censib. c.* 58. ubi latissime suam sententiam, quam veram putamus, firmat, & sexdecim objectionibus in contra-

Oo 2

rium

rium adductis e Feliciano, Covarr. alisque qui contrariam tventur, satisfacit. Quin & ipsi Molinæ sat displicet, ut patet ex ejus *disp.* 387. ubi difficilimum putat posse hujusmodi censum sustineri. Nec dicas cum Addentibus ad Bibliothecam Lucii Ferraris in *verbo Censu*, & Martinez in *opere cui titulus: Libreria de Jueces tom. 7. lib. 5. tit. 15. n. 220.* probatos hodie esse census personales per *regiam constitutionem* latam die 10. Julii an. 1764. ad consultationem quinque coetuum (*gremios*) majorum Matriti: quia inibi duntaxat probantur contractus in quibus aliqui, præsertimque viduæ, aliæque personæ negotiationi ineptæ, pecunias suas mercatoribus tradunt ad certum tempus, ut eis negotientur, sub usura trium aut duorum cum dimidio pro centum; contractus autem isti censum non constituent, sed quandam societatis speciem, in qua contrahentes ita partiuntur lucrum quod ex negotiatione sperant, ut reliquum percipiente mercatore, is qui pecunias tradidit certam tantummodo partem ferat, & certo quidem, sub taxatione tamen ita modica, ut lucro regulari longe sit minor: atque inde æquitas conventionis. Animum advertimus autem, quod dum censum personalem improbamus, excipimus vitalitium, secundum ea quæ diximus *n. 14.*

Et tandem sciendum est, quosdam census in Hispania nosci, quos peculiari nomine ap-

pellamus *Juros*, reditus nempe, quos Rex alicui concedit in compensationem obsequiorum, meritorumve, aut certo pretio, super salinis aliisque juribus vel rebus. Qui proprie census consignativi sunt, constituti non a privatis ut cæteri, sed a Rege, ut evincunt *ll. 6. 12. & 13. tit. 15. lib. 5. Recop.* Unde quæcunque statuta sunt de censibus consignativis locum habent in illis, hoc solum discrimine, quod in eorum venditionibus non debentur gabelle, ut quando reliqui venduntur: quæ omnia late probat Larrea *alleg. 23.* Quamvis autem hæc certa sint, & clara; tamen quia *l. pen. d. tit. 15.* quæ anno 1705. a censibus consignativis redimibilibus pretium auxit seu pensionem minuit, ut trademus *infra num. 17.* non expressit *Juros*, ut laudatæ anteriores in idem tendentes expresserant, pensionis diminutio in *d. l. pen.* stabilita non servabatur in eis, opusque fuit ut ann. 1727. in ipsis præciperetur *senat. 6. tit. 15. lib. 5.* & quidem ratione addita, quia census sunt, ibi: *Y arreglada su constitucion y la paga a los censos por serlo.*

16. In hoc censu tria potissimum attendenda, sors seu pretium quo emitur seu constituitur (*capital* dicere solemus), pensio aut reditus qui solvitur, & res in qua constituitur & ex qua pensio solvenda. In pretio famosus *Motus Proprius Pii V. de creand. censibus.* edictus anno 1569. inter alia

, ex-

expresse exigit, ut in pecunia numerata consistat: quare in locis ubi viget de eo dubitare non licet. Cæterum cum in nostra Hispania non sit receptus, ceu patet ex *l. 10. tit. 15. lib. 5. Recop.* huic quæstioni apud nos locus est: quæ plures hinc inde propugnatores habet. Eam late tractat *Avend. ubi supra cap. 37.* multisque probare contendit necessarium non esse ut consistat in nummis pretium census. Nobis tamen contraria sententia & æquior, & legibus nostris magis consona videtur: tum quia ita fraudibus, alioquin in hoc contractu frequentissimis, præcluditur aditus: tum etiam quia cum hac eadem ratione id expresse statuit in censu vitalitio *l. 8. d. tit. 15.* existimare licet Legislatores nostros animum intendisse ad fraudes ab omni census genere longe ablegandas; atque enunciatum de vitalitio *d. l. 8.* ad cæteras species porrigere voluisse. Præterea fundamenta, quæ pro nostra sententia memorat *Avend. d. cap. 37.* maximi sunt ponderis, eisque non plene satisfacit. Cui adde dictum Feliciani *lib. 1. de censib. cap. 4. num. 10.* agentis, quotidie apud nos in Regio supremo Consilio rescindi (id est, nullos declarari) contractus census in quibus loco pecuniæ, species intervenerit: & frequentissime se vidisse ita observatum & obtentum in Curia Complutensi. Excipe tamen eos census qui *Juros* dicuntur, ob nullum frau-

dis periculum: de quibus locuti sumus *sup. num. 15.* Non tamen erit necesse ut in census creatione vera pecuniæ numeratæ traditio interveniat, sed ficta sufficiet. Poterit itaque per fictionem brevis manus census constitui statuto pretio in debito certo & liquido, ad cujus solutionem census venditor statim cogi poterat, ut id bene probat *Avend. c. 38.* ostendens id utile esse ipsi venditori. Huc pertinent ea quæ ad *l. curabit 5. C. de action. empt. & vend. dicimus infra n. 39. & 40.* In censibus quos testator rebus suis imposuerit, eorum reditus alicui legans, huic quæstioni locus non est, nullum pretium legatario tradente. Idemque dicendum de constitutis per donationem.

17. Requiritur quoque in pretio, ut justum sit, id est, ut quantitas ejus pensioni solvendæ ex æquo respondeat: justam cum eo proportionem habens. Hæc autem proportio varie æstimata pro temporum & regnorum varietate, ut docent *Covarr. var. 3. cap. 9. Avend. ubi sup. c. 32. & commun. DD.* In nostra Hispania taxata fuit anno 1563. in censu redimibilibi, ad rationem 14. pro 1. *l. 6. tit. 15. lib. 5. Recop.* postea anno 1608. ad 20. pro 1. *l. 12. eod.* & demum anno 1705. in Regnis Castellæ & Legionis, & 1750. in eis, quæ ad Coronam Aragoniæ, ut loquuntur, pertinent, ad 33. cum tertio pro 1. seu 100. pro 3. *l. pen. & l. ult. eod.*



, eod. Quæ taxationes etiam cen-  
sus ipsis antiquiores respexerunt,  
ceu patet ex laudatis *ll. & l. 13.*  
*eod.* in quibus etiam legimus  
pœna amissionis officii plecten-  
dos Notarios, qui de his cen-  
sibus minore pretio constituen-  
dis instrumentum confecerint.  
In censu vitalitio eadem ratio-  
ne taxatum fuit pretium primo,  
anno 1583. *l. 8. eod.* & deinde  
anno 1608. *d. l. 12.* In prima  
taxatione pretium census per  
unam duntaxat vitam duraturi  
ad rationem 7. pro 1. per-  
tingere debet, & ad ratio-  
nem 8. pro 1. illius pretium,  
qui ad duas vitas protendeba-  
tur: majorque extensio pror-  
sus vetita. In secunda vero pre-  
tium quantitates auctæ sunt e 7.  
usque ad 10. & ex 8. usque  
ad 12.

18 , Pretium denique census  
perpetui irredimibilis designatum  
non habemus, multisque etiam  
varietatibus pro diversitate tem-  
porum, & Provinciarum obno-  
xium est. Quoniam vero census  
iste multo gravior est vendito-  
ri, quam census redimibilis,  
quia in eo non habet utilem  
redimendi facultatem, quæ in  
redimibili pars pretii censetur,  
ut cætera pacta, quæ in favorem  
venditoris adjiciuntur, *l. fun-  
di 79. de contr. empt.* in con-  
fesso apud omnes est, majus in  
illo esse debere pretium, quam  
in redimibili. Hoc argumentum,  
ut ait Covarr. 3. *variar. cap. 10.*  
*n. 1.* non temere faciendum, sed  
arbitrio boni viri rectique ac  
disereti moderatoris. Ex iis au-

, tem quæ *ibidem* tradit ipse, &  
Molina *d. tract. de justitia &  
jur. disp. 385. vers. Secundum.*  
dicendum videtur, æquum es-  
se, ut pretium census irredi-  
mibilis majus sit in tertia par-  
te pretio redimibilis census. Ad-  
ditque idem Molina non facile  
improbandum in unoquoque lo-  
co, quod usu in hac re sit re-  
ceptum: quæ etiam est senten-  
tia Covarruv. 3. *var. cap. 9.*  
*num. 5. v. Ex quibus.* - agentis  
ad justam horum censuum æsti-  
mationem necessario observan-  
dam Provinciæ consuetudinem,  
ipsamque communem hominum  
æstimationem, quæ cujuslibet  
rei justum pretium definire so-  
let, *l. pretii 63. ad leg. Aquil.*  
Et sane in hoc Valentino Re-  
gno pretium hujus census, quem  
*muerto* appellamus, duplo ma-  
jus est, quam erat census redi-  
mibilis pretium, antequam hoc  
auctum fuerit annis 1705. & 1750.  
Bas in *Theat. jurispr. cap. 30.*  
*num. 52.*

19 , Sed & recte quoque *ibi-*  
*dem* notat ipse Molina, longe  
majus pretium constituendum  
in emphyteusi, seu censu em-  
phyteutico: quia præterquam  
quod ille cui pensio seu canon  
solvitur, dominium directum  
rei emphyteuticæ habet, per-  
tinent ad eum laudemium cæ-  
teraque pretiosa jura emphy-  
teutica. Nec inutilis est hæc ad-  
monitio: quia licet in regula-  
ri emphyteusis constitutione,  
dum scilicet aliquis rem suam  
in emphyteusim concedit, nul-  
la fiat pretii mentio; ita tamen  
, con-

, constitui potest, ut pretii con-  
stitutio & expressio necessaria  
sit, utputa, si quis fundi sui  
dominium directum alteri ven-  
dat, reservato sibi dominio  
utili, constituensque se illius  
emphyteutam. Quinimo & in  
omni emphyteusi habenda est  
ratio pretii, quod respondeat  
juribus domini directi, quando  
nempe res emphyteutica aliena-  
tur, quoniam hujus rei valorem  
minuit, & de reliquo duntaxat  
laudemium solvitur, Bas *d.*  
*cap. 30. n. 141.* In hoc Valen-  
tino Regno moris est, ut du-  
plo majus æstimetur quam pre-  
tium, quod census redimibilis  
habuit ante annos 1705. & 1750.  
quibus conditæ fuerunt *ll. pen-  
& ult. tit. 15. lib. 5. Recop.*  
quas laudavimus *supra n. 17.*  
ad rationem scilicet 40. pro 1.  
(quod proinde *doble march,*  
vernaculo idiomate, seu *capita-*  
*tal* appellamus) ut idem sit pre-  
tium census emphyteutici quam  
consignativi irredimibilis: quod  
mirandum. Cum autem ex iis  
quæ hæctenus diximus manife-  
sto liqueat, æquum esse, ut  
duplo majus sit quam pretium  
census consignativi redimibilis;  
imo & longe etiam majus pre-  
tium census consignativi irredimi-  
bilis, ratio æquitatis & justitiæ  
postulat, ut aucto per *dd. ll.*  
pretio census redimibilis ad 100.  
pro 3. augeatur quoque pretium  
emphyteusis ad 200. pro 3. ut  
de emphyteusi, cui domus &  
aræ Matrini obnoxie sunt con-  
stitutum est *senat.* edito an-  
no 1770. quo etiam conceditur

, emphyteusis illarum facultas em-  
phyteusim extinguendi, solven-  
do domino directo pretium ad  
rationem 200. pro 3. Laudabi-  
lis sane facultas, digna ut ad  
omnes emphyteuses extendere-  
tur: quia earum multitudo ju-  
ra commerciorum turbat. Et  
tandem quantitas pretii in cen-  
su reservativo, cujus quoque  
ratio habenda dum res in qua  
est collocatus, venditur seu per-  
mutatur, eadem est, quæ in  
consignativo, cum nulla ratio  
constituendæ differentiæ appa-  
reat.

20 , Quod attinet ad annum  
reditum seu pensionem census  
consignativi redimibilis, neces-  
sario solvendum esse in pecunia  
numerata expresse statuit *l. 4.*  
*d. tit. 15. lib. 5. Recop.* condita  
anno 1534. Et cum in Gallætia  
aliisque Hispaniæ nostræ Pro-  
vinciis quæ in *l. 7. eod.* edita  
anno 1573. memorantur, in  
fraudem *d. l. 4.* plurimi census  
constituti essent sub nomine per-  
petuorum seu irredimibilium in  
quibus pensio non in nummis,  
sed in tritico, vino, aliisque si-  
milibus foret solvenda, statu-  
tum fuit *eadem l. 7.* ut hi omnes  
redimibiles censerentur, eorum-  
que regulis subjecti forent: qua-  
re locum in illis habet laudata  
*l. 4.* Quamvis autem hæc loqua-  
tur duntaxat de censu redimibili-  
li; non immerito putat Azeved.  
eam ad census perpetuos seu  
irredimibiles porrigendam: quia  
damna & captiones quæ averte-  
re conatur, multo graviora sunt  
in censu irredimibili. Et licet  
, uti-

, utilissima sit Reipublicæ atque  
 , ita generalis , ut census etiam  
 , ipsa vetustiores respexerit : ta-  
 , men in *l. ult. d. tit. 15. lib. 5.*  
 , *Ricop.* edita pro Corona Ara-  
 , gonix ann. 1750. cujus memi-  
 , nimus *supra num. 17.* permissa  
 , videtur consuetudo solvendi pen-  
 , siones in fructibus , ibi : *Que en*  
 , *donde estuviere recibida la cos-*  
 , *tumbre de poder ajustar el re-*  
 , *dito en granos , se regule la*  
 , *paga de estos por reduccion de*  
 , *la Real Pragmatica* (intelligit  
 , *l. pen. eod.*) *sin exceso algu-*  
 , *no.* Quæ indulgentia locum reli-  
 , quit dubio , an reductio seu dimi-  
 , nutio pensionis in *d. l. ult.* stabili-  
 , ta facienda sit in his censibus ha-  
 , bito duntaxat respectu ad quan-  
 , titatem fructuum , ut qui sol-  
 , vebat 5. modios tritici , solvat 3.  
 , vel etiam habenda sit ratio præ-  
 , teriti , quod plurimum multis jam  
 , ab hinc annis crevit. Cujus de-  
 , cisio pendet in Regio Castellæ  
 , Senatu , instantibus Ecclesiis op-  
 , pidorum *Benasal* , *Adzaneta*  
 , aliorumque territorii de *More-*  
 , *lla* in hoc Valentix Regno.

21 , Expositis iis quæ ad præ-  
 , tium & pensionem census spe-  
 , ctant , reliquum est ut de sub-  
 , jecto , seu re in qua collocatur ,  
 , loquamur. Eam rationem hy-  
 , pothecæ habere tenent Felician.  
 , *de censib. tom. 2. lib. 1. cap. 1.*  
 , *n. 5.* Covarr. 3. *vir. cap. 7. a.*  
 , *n. 5.* alique plures quos refert  
 , *Avend. de censib. cap. 23. n. 9.*  
 , additque ipse Covarr. hanc hy-  
 , pothecam quæ in census consti-  
 , tutione contrahitur , non omni-  
 , no sequi regulas cæterarum. Ait

, itaque imprimis , posse empto-  
 , rem census convenire ad solu-  
 , tionem pensionem possessorem  
 , rei censui subjectæ qui eam com-  
 , paravit , omisso eo qui ipsam  
 , rem postquam census imposuit  
 , alienavit. Deinde vult , ut si  
 , census fuerit collocatus in tri-  
 , bus prædiis , exempli causa , quæ  
 , ad tres pervenerint possessores  
 , non possint singuli in solidum  
 , conveniri , sed tantum pro ra-  
 , ta. Quæ duo aliter observantur  
 , in hypothecis regularibus : quia  
 , præterquam quod actio hypo-  
 , thecaria non datur contra pos-  
 , sessorum hypothecarum , nisi ex-  
 , cussione prius facta bonorum de-  
 , bitoris qui contraxit , juxta *l. 14.*  
 , *tit. 13. P. 5. vers. E si* , & *a-*  
 , *then.* Hoc si debitor *C. de pi-*  
 , *gnor.* non secatur pro numero  
 , possessorum , sed individua est.

22 , Cæterum Molina in *d.*  
 , *tract. de just. & jur. disp. 383.*  
 , *Avend. d. cap. 23. num. 10.* plu-  
 , res laudans , & latissime Vela  
 , *dissert. 34. & 35.* existimant  
 , census constitutionem se habe-  
 , re ad instar servitutis affixæ  
 , prædiõ in quo census est collo-  
 , catus. Quæ sententia verior &  
 , æquior est , eique optime ap-  
 , tantur census effecta , quæ usus  
 , probavit ; ipsaque admissa nulla  
 , adest necessitas confingendi hy-  
 , pothecam irregularem : usu ta-  
 , men loquendi invaluit , ut res  
 , quæ censui subicitur hypotheca  
 , appelleretur. Dicimus ergo , cen-  
 , sum esse onus rei duntaxat eum  
 , ipsa in quemcunque possessore  
 , rem transiens. Cui sententiæ hæc  
 , sunt consequentia. Primum : ut

, cen-

, census constituens seu impo-  
 , nens rei suæ , eatenus duntaxat  
 , teneatur ad pensionem solven-  
 , dam , quatenus rem possideat  
 , aut ea evincatur. Unde actio quæ  
 , ad exigendas pensiones credi-ori  
 , competit , ex earum est ge-  
 , nere , quæ in rem scriptæ di-  
 , cuntur & in quemcunque pos-  
 , sessorem dantur , *l. 9. §. fin.*  
 , *quod metus causa* , *Vela dis-*  
 , *sert. 14. nn. 38. & 56. & dis-*  
 , *sert. 34. num. 54.* Atque hinc  
 , pendet ratio cur re alienata con-  
 , veniatur possessor qui non con-  
 , traxit cum creditore , quin be-  
 , neficio ordinis seu excussionis  
 , uti queat ; cum nullus alius de-  
 , bitor existat , ut *n. 24.* videbimus.

, Secundum : ut rei possessor  
 , ædum teneatur solvere pensio-  
 , nes annis suæ possessionis res-  
 , pondentes , sed & vetustiores  
 , quæ debeantur , ut de vectiga-  
 , libus eadem ratione rescripse-  
 , runt Antoninus & Verus , do-  
 , cente Papirio Justo in *l. 7. de*  
 , *publican. & vectig.* ibi : *In ve-*  
 , *ctigalibus ipsa prædia , non per-*  
 , *sonas conveniri : & ideo pos-*  
 , *sessores etiam præteriti tempo-*  
 , *ris vectigal solvere debere.* Cæ-  
 , terum si has deberi ignorans  
 , rem comparaverit , pro eis ac-  
 , tionem ex empto in vendito-  
 , rem habebit , *d. l. 7.* in qua  
 , mendose legitur *exemplo* pro *ex*  
 , *empto* , ut Cujac. 1. *observ. 5.*  
 , & in *l. 36. de jur. fisc.* & alii  
 , passim notant. Molin. late id  
 , explicans in *d. tract. 2. de just.*  
 , *& jur. disp. 534. vers. ult.* ait  
 , pensiones vetustiores alienatio-  
 , ne rei , indifferenter exigi pos-

Tom. II.

, se vel a posteriori possessore  
 , qui illas debet ratione rei pos-  
 , sessæ , cujus est effectus domi-  
 , nus ; vel a priori qui eandem  
 , adhuc debet ratione temporis  
 , elapsi in quo eas solvere tene-  
 , batur , quatenus tunc rem ipsam  
 , possidebat fructus ejus perci-  
 , piens : ita tamen , ut si poste-  
 , rior possessor eas solvat , re-  
 , cursum habeat contra priorem  
 , quod æquitati & naturæ census  
 , optime quadrat , ut conside-  
 , ranti patebit. Animadvertendum  
 , autem est , constitutum fuisse  
 , ab Imp. Valeriano & Valen-  
 , te in *l. 1. C. Theod. de fisci*  
 , *debitor.* & a Justiniano confir-  
 , matum in *C. suo in ll. 7. de*  
 , *censib. & censitor. 6. de fide*  
 , *& jure hæstæ fisc.* & *11. de*  
 , *om. agr. deserto* , aliisque , ut  
 , ab eis , qui prædia tributaria  
 , ab ipso Principe emerint , dun-  
 , taxat tributa poscantur ex eo  
 , tempore quo cœperint posside-  
 , re. Constitutionis ratio traditur  
 , in *d. l. 1.* ut scilicet fiscus fa-  
 , cilis emptores inveniat. An  
 , vero constitutio ista locum ha-  
 , beat in omnibus venditionibus  
 , horum prædiorum quæ a Prin-  
 , cipe fiunt ; an in illis tantum  
 , quæ certa lege celebrantur , dif-  
 , ficilis est questio nostræ Appen-  
 , dicis metas longissime excedens  
 , de qua adiri possunt Jacob.  
 , Goth. in *d. l. 1. C. Theod. &*  
 , Cujac. in *l. 36. de jur. fisc.*  
 , Amaya in *lib. 10. C. tit. 16.*  
 , *ll. 1. & 2.*

, Tertium : ut vera sit senten-  
 , tia Covarr. relata *supra n. 21.*  
 , *vers. Deinde* , quam etiam pro-

Pp

, bat

bat *Vela dissert.* 34. n. 63. Cæ-  
 terum fatemur cum ipso Covarr.  
*d. cap. 7. n. 7.* contrariam in hoc  
 esse praxim ea forsitan indu-  
 ctam ratione, quod actio quæ  
 creditori tribuitur hypothecaria  
 esse putatur, quæ utique non  
 secatur pro diversitate seu mul-  
 titudine possessorum, sed in-  
 dividua est; cum tamen non  
 hypothecaria, sed in rem scri-  
 pta sit, ut modo diximus. Tem-  
 pera tamen hanc sententiam per  
 ea quæ *infra num. 25.* dicemus,  
 ut locum non habeat eo casu,  
 quo quis tantam rei partem pos-  
 sideat, ut ea tot fructus quot  
 ad integram pensionis solutio-  
 nem sufficiant, ferre possit:  
 tunc etenim in solidum conveniri  
 poterit: regressum tamen  
 pro rata in cæteros possessores  
 habebit per actionem negotio-  
 rum gestorum.

23, Quartum: ut perempta  
 re in qua collocatus fuit census,  
 & ipse census pereat; quemad-  
 modum prædio serviente per-  
 eunte extinguitur servitus, ut  
 late probant *Avend. d. tract. de*  
*cens. c. 60.* & *Leotard. de usur.*  
*quæst. 57.* ubi & quando reviv-  
 viscat tractat: quod evincit et-  
 iam natura census si examine-  
 tur attente: quia venditio cen-  
 sus nihil est aliud quam vendi-  
 tio pro indiviso partis juris præ-  
 dii in quo collocatur, ut ait  
*Molin. d. disp. 385. vers. Con-*  
*trarium:* perempta autem re pe-  
 rit pars juris in ea. Præterea, ut  
 optime considerat *Vela dissert.*  
*tat. 33. a num. 21.* nullum fe-  
 re esset emptoris census peri-

culum, si pereunte re super  
 qua & ejus fructibus jus annui  
 redditus ipsi venditum est, ad-  
 huc venditor census ad redditus  
 solutionem teneretur: quod &  
 contra leges emptionum est, &  
 nimis foret iniquum, quia satis  
 est debitori census quod ipse  
 tanquam dominus sentiat peri-  
 culum extinctionis rei censui sup-  
 positæ, quin ad redditus solutio-  
 nem obligatus maneat; ne alias  
 duplici damno oneretur, & af-  
 flicto addatur afflictio. Tam et-  
 iam, quia si huic periculo amitte-  
 ndi jus, census emptor ad-  
 strictus non esset, parum di-  
 staret a mutuante sub usuris, qui  
 sortem mutuatam in omnem e-  
 ventum securam habet. Quibus  
 rationibus merito adducti sumus.  
*Vela d. diss. 33. num. 51.* &  
*Cenc. quæst. 54.* ut crederent,  
 iniquum & illicitum esse ut cen-  
 sus generaliter super omnibus con-  
 stituentis bonis imponatur: quia  
 nempe rarissime evenire posset,  
 ut census emptor periculum ex-  
 tinctionis juris sui subiret. Quin-  
 imo si res quæ censui subjicitur  
 (non autem necesse est ut sit  
 unica), amplior esset fructus-  
 que longe uberiores produceret,  
 quam qui ad solvendam pensio-  
 nem sufficient, putarem exces-  
 sum arbitrio Judicis corrigen-  
 dem, ne in idem absurdum res  
 incidat, & æqualitas, quæ in-  
 ter contrahentes adesse debet,  
 desideretur. Veram itaque cen-  
 seo sententiam ipsius *Avend. ubi*  
*supra cap. 59.* *Sarmiento lib. 7.*  
*select. cap. 1. num. 28.* aliorum-  
 que existimantium, in census

, cen-

constitutione nullam contrahi ob-  
 ligationem personalem ex qua  
 constituens ejusve heredes rem  
 censui suppositam non possiden-  
 tes aut dimittere volentes, ad  
 pensionis solutionem cogi va-  
 leant: etiamsi id inter contra-  
 hentes fuerit actum: nam ad-  
 huc inutiliter accederet perso-  
 nalis obligatio sive cum hypo-  
 theca sive sine illa, & pro non  
 scripta habenda foret: nisi hæc  
 obligatio casum duntaxat quo  
 res censui supposita evincatur,  
 respiceret: quo solo respectu  
 sustinebitur.

24, Et sane hanc ipsam sen-  
 tentiam æquitas & æqualitas  
 quæ inter contrahentes servan-  
 da est, commendant; magis  
 que ei consona natura emptio-  
 nis venditionis contractus, ad  
 quam census constitutio refer-  
 tur: qui enim rem aliquam e-  
 mit, in eam solam jus nancis-  
 citur, quin ullum adversus ven-  
 ditorem regressum habeat, nisi  
 res ipsa evincatur. Cur igitur  
 plus indulgentum census em-  
 ptori? Cur emptioni census  
 odiosæ & ab usura non multum  
 dissitæ, pinguior fructus tribuen-  
 dus, quam cæterarum rerum  
 emptionibus, quæ hominibus uti-  
 lissimæ & maxime necessariæ?  
 Eam tamen aliquantulum turbat  
 recens *l. ult. tit. 15. lib. 5. Re-*  
*cop.* edita anno 1750. cujus me-  
 minimus n. 17. dum tres spe-  
 cies census consignativi memo-  
 rat, ibi: *Reales, personales,*  
*o mixtos;* quibus verbis proba-  
 re videtur nedum census rei im-  
 positos queis obligatio personalis

accedit, verum etiam qui in  
 sola persona collocantur; illi  
 etenim sunt quos *mixtos* di-  
 cunt, & hi quos *personales*.  
 Sed non proinde rejiciendæ pro-  
 tinus sunt sententiæ *Avend. ne-*  
*gantis* has duas census species  
 in *laudatis capp. 58. & 59.* quia  
 responderi potest, Legislatorem  
 in *d. l. ult.* solum fuisse inten-  
 tum in reducendis omnibus o-  
 mnino censibus consignativis re-  
 dimilibus ad rationem 100.  
 pro 3. ita ut nullus alius fue-  
 rit scopus ejus: cui inserviens,  
 ne censuum domini aliquem ex-  
 cipiendum disputarent eo præ-  
 textu quod mixtus vel persona-  
 lis esset, verba prædicta adje-  
 cit, eo duntaxat fine, ut hanc  
 interpretationem penitus exclu-  
 deret, non autem probans cen-  
 sus mixtos & personales. Quæ  
 exceptio utique timeri potuis-  
 set, cum plurimi DD. hos cen-  
 sus admittant. Et licet horum  
 sententia longe minus vera sit  
 quam nostra, si attente exami-  
 netur; quia tamen propugna-  
 torum numero vincit, causam  
 fortasse Tabellionibus id præbuit,  
 ut juxta eam instrumenta de  
 censibus constituendis confice-  
 rent & etiam num conficiant,  
 alii ab aliis pecudum more du-  
 cti: de quo nihil curandum per  
 ea quæ diximus *num. 7.* vel po-  
 tius ambitio & potentia empto-  
 rum has adjectiones pauperibus  
 censuum venditoribus magis gra-  
 ves, quam justas, ab initio ex-  
 torsit, & stilo ansam dedit.

25, An vero si non tota res  
 perierit, sed pars ejus duntaxat,

Pp 2

, pe-

, pereat census pro rata, etiam  
 , eo casu quo pars quæ superest  
 , tot fructus, quot ad solvendam  
 , pensionem sufficiant, ferre pos-  
 , sit, difficilis est quæstio. Molina  
 , disp. 391. *clausula* 8. *Vela dis-*  
 , *sert.* 33. *nn.* 37. & 38. & Faria  
 , *in addit. ad D. Covarr.* 3. *var.*  
 , *cap.* 7. *n.* 35. & *seq.* alios lau-  
 , dans sententiam affirmantem ten-  
 , nent. Hujus sententiæ funda-  
 , menta hæc sunt: I. quia quæ  
 , dicuntur de tota re quoad to-  
 , tam, dicuntur de parte quoad  
 , partem, *l. quæ de tota* 76. *de*  
 , *rei vindicat.* II. quia census ita  
 , extensus est in re, ut totus sit  
 , in tota, & pars in parte. III.  
 , quia ita expressum est in *clau-*  
 , *sula* 8. *Motus Pii V.* ibi: *po-*  
 , *stremo census in futurum crean-*  
 , *dos, re in totum vel pro par-*  
 , *te precepta, aut infructuosa in*  
 , *totum vel pro parte effecta, vo-*  
 , *lumus ad ratam parere.* Ad  
 , quem casum aliosve similes ju-  
 , ris antiqui declaratorios non vi-  
 , detur porrigenda supplicatio *di-*  
 , *cti Motus*, de qua *l. 10. tit.* 15.  
 , *lib.* 5. *Recop.* sed ad illos dun-  
 , taxat, in quibus citra jus com-  
 , mune quidquam in illo statu-  
 , tum est, ut docet *Vela d. dis-*  
 , *sert.* 33. *a n.* 18. & latissime  
 , *dissert.* 35. & *seq.*

, Cæterum his non obstantibus  
 , verior est contraria quam tue-  
 , tur Leotard. *d. quest.* 57. &  
 , Cenc. *quest.* 100. qui alios lau-  
 , dant, uti etiam *Rotæ decisio-*  
 , *nem coram Card. Mellino sub*  
 , *die* 30. *Octob. ann.* 1602. Ra-  
 , tiones quibus hæc sententia ni-  
 , titur sunt hæc: I. quia census

, constituitur simpliciter super to-  
 , ta re, & super aliqua ejus par-  
 , te. II. quia cum per census  
 , constitutionem super aliqua re  
 , non vendatur res ipsa, nec do-  
 , minium ejus in emptorem cen-  
 , sus transferatur, sed tantum jus  
 , exigendi certam pensionem ex  
 , fructibus ipsius; rei periculum  
 , & interitus seu destructio ad  
 , debitorem qui dominus manet,  
 , pertinere duntaxat debet, quan-  
 , do creditor totum suum exigen-  
 , di jus in parte quæ superest  
 , exercere potest. III. quia cum  
 , totius ejusdem quantitatis cen-  
 , sus posset de novo constitui in  
 , parte quæ superest, si libera fe-  
 , ret; incongruum esset, ut jam  
 , constitutus integer non per-  
 , verâret. IV. quia ipse census  
 , non consideratur terminative ad  
 , ipsam rem, sed relative ad ejus  
 , fructus, id est, non habet tan-  
 , quam terminum seu extremum  
 , rem ipsam in se, sed cum re-  
 , latione ad fructus, quos produ-  
 , cit: cui consequens, ut si hi  
 , sufficiant ad pensionis solutio-  
 , nem, nec pro parte quidem res-  
 , dici queat extincta quoad cen-  
 , sum. Quæ rationes & hæc fir-  
 , mant sententiam, & duo prio-  
 , ra fundamenta alterius solvunt.  
 , Sed neque urget tertium de-  
 , sumptum ex *clausula* 8. *Mo-*  
 , *tus Pii V.* quia illa *d. claus.*  
 , verba: *volamus ad ratam peri-*  
 , *re*, intelligenda sunt de eo ca-  
 , su quo per partis preemptionem,  
 , altera quæ remanet pars fructus  
 , qui ad pensionem solvendam  
 , sufficiant, ferre nequeat, ut ea  
 , intellexit Rota in *laudata decis.*

, quæ

, quæ I. est inter vetustiores quas  
 , Cenc. in *suo de censib. tracta-*  
 , *tu* collegit. Minus obstant ver-  
 , ba *legis* 4. §. 2. *de censib.* quæ  
 , ab aliquibus contrariæ sententiæ  
 , propugnatoribus adducuntur, sci-  
 , licet: *Quare etsi agri portio*  
 , *chasmate perierit, debet per*  
 , *censitorem relevari.* Quia ut  
 , monuimus *num.* I. census *ibi*  
 , sumitur pro descriptione & æ-  
 , stimatione bonorum: quæ æsti-  
 , matio necesse est ut decrescat,  
 , parte rei destructa: *hic* pro ju-  
 , re exigendi redditum, cui fru-  
 , ctus sufficiunt. Animadverten-  
 , dum tamen in calce hujus quæ-  
 , stionis, quod si census fuerit  
 , constitutus, regia facultate, su-  
 , per duobus majoratibus, uno  
 , ex eis extincto, extinguetur pro  
 , rata, ob rationes speciales quas  
 , recenset *Salg. in Labyr. part.* 2.  
 , *cap.* II. *num.* 13.

26 , Præterea, res in quibus  
 , census consistunt, fructiferas  
 , esse debere, ex eo patet, quod  
 , cum emptor comparet jus per-  
 , cipiendi fructus ex ipsis, si in-  
 , fructifera forent, usurarius &  
 , ridiculus contractus evaderet,  
 , *Avend. cap.* 53. & *Leotard.*  
 , *quest.* 56. qui alios laudant. Im-  
 , mobiles quoque eas esse, cer-  
 , tasque ac determinatas opus est:  
 , quia præterquam quod id exi-  
 , gunt *Extravagantes Martini V.*  
 , & *Callixti III.* quæ extant in  
 , *tit. de empt. & vend. in extra-*  
 , *vagant. commun.* census, ut di-  
 , ximus, se habet ad instar ser-  
 , vitutis rerum, quæ nunquam re-  
 , bus mobilibus imponitur; & tra-  
 , ctum successivum habet, ut per-

, petuus vel longe duraturus exi-  
 , stimetur: quibus aliisque ratio-  
 , nibus bene hoc assertum pro-  
 , bant Cenc. *de censib. quest.* 29.  
 , & *Avend. capp.* 50. & 57. ubi  
 , & alios idem tenentes referunt.  
 , Et insuper ipsi Cenc. *d. quest.* 29.  
 , & *Avend. cap.* 52. recte docent,  
 , etiam censenda bona immobi-  
 , lia ea jura incorporalia, quæ  
 , naturaliter & inseparabiliter co-  
 , hærent solo, qualia sunt jura  
 , pascendi, piscandi, decimau-  
 , di, & similia.

27 , Quia in censibus consti-  
 , tuendis frequentissime adjici so-  
 , lent pacta quædam, opera præ-  
 , tium puto breviter ea excute-  
 , re, & an justa & servanda sint  
 , examinare. Primum est de re,  
 , quæ censui supponitur, non  
 , alienanda, cui poena commissi,  
 , si aliter fiat, addi solet. Secun-  
 , dum de jure eandem retrahen-  
 , di emptori census tribuendo,  
 , si venditor eam alteri vendide-  
 , rit. De utroque late agit *Avend.*  
 , in *suo tractat. de censib. capp.* 85.  
 , & 86. Ut hoc argumentum ri-  
 , te examinetur, distinguendum  
 , inter census quibus nullum est  
 , pretium a lege datum, & eos  
 , quibus lex pretia taxavit. In  
 , prioribus qui pretium naturale  
 , duntaxat habent, cujus, ut no-  
 , tissimum est, tria sunt genera,  
 , supremum, medium & infi-  
 , mum, sustinenda sunt pacta, si  
 , pretio supremo vel medio con-  
 , stitutus sit census: quia etsi  
 , hæc pacta venditori sint gravia,  
 , ut mox videbimus, nulla ipsi  
 , fit injuria, si intra metam præ-  
 , tii infimi, & non gravius præ-  
 , ma-

, matur ab emptore. Sin autem  
 , infimo, cum hoc censeatur le-  
 , gale seu lege taxatum, ne mi-  
 , nus sit, idem erit dicendum ac  
 , de illis quibus pretia taxavit lex  
 , civilis. Huc pertinent census om-  
 , nnes reservativi, & illi consi-  
 , gnativi, qui irredimibiles sunt,  
 , 28, Non autem res adeo ex-  
 , pedita est in censibus, quibus  
 , certa pretia lex taxat, quales,  
 , ut *supra* vidimus, in Hispania  
 , sunt consignativi redimibiles, &  
 , vitalitii. Avend. in *dd. capp.* 85.  
 , & 86. etiam in his utrumque  
 , pactum servandum existimat;  
 , idemque de secundo tuetur Gu-  
 , tierr. *lib. 2. pract. quæst.* 167.  
 , Sed si verum & æquum amamus,  
 , tenenda est contraria sententia,  
 , quam probant Leotard. *de usur.*  
 , *quæst.* 56. n. 32. & *seqq.* &  
 , *quæst.* 65. n. 5. & Olan. in *con-*  
 , *cord. antinomiar. jur. lit. A.*  
 , *nn.* 99. 107. & 108. Hujus ratio  
 , non minus clara, quam solida:  
 , quia nimirum Reges nostri pau-  
 , peribus consulentes, ita severe  
 , horum censuum pretia taxarunt  
 , in *ll.* laudatis *supra* n. 17. ut  
 , noluerint ullo unquam casu mi-  
 , nora, seu debitoribus graviora  
 , constitui, ut ipsæ leges mani-  
 , festissime ostendunt. Nemo au-  
 , tem, qui hocce argumentum  
 , attente consideret, negare po-  
 , terit, pactiones de quibus agi-  
 , mus, aliasque similes distrahen-  
 , di libertatem quoquo modo re-  
 , stringentes, graves censuum  
 , venditoribus esse, proindeque  
 , pretium quod acceperunt mi-  
 , nuere.

29, Nec satisfacit solutio ad-

, versariorum agentium, laudata  
 , pacta, & maxime ea per quæ  
 , retractus seu prælatio emptori  
 , census conceditur, pretium non  
 , minuere, seu gravia venditori  
 , non esse; propterea quod sol-  
 , vendo emptor idem omnino pre-  
 , tium eisdem conditionibus seu  
 , circumstantiis, quod ab extra-  
 , neo seu tertio, ut loquuntur,  
 , venditor consecutus erat, nol-  
 , lum iste præjudicium sentit. Cap-  
 , tiosa etenim est hæc responsio;  
 , quandoquidem venditoris da-  
 , mnum altiore ducit originem;  
 , quia nempe valente pacto, non  
 , tam facile inveniri poterit, qui  
 , rem justo pretio emere velit,  
 , cum sciat emptor dominum cen-  
 , sus posse illi præferri aut  
 , ab eo auferre, ut clarum est,  
 , & censuit Rota *apud Card. Si-*  
 , *raph. decis.* 1474. *num.* 1. *ver-*  
 , *sic. Nec obstat*, laudata cum  
 , aliis a Leotardo *d. n.* 32. cui  
 , consequens, ut viliori vendere  
 , cogatur. Et proculdubio cum  
 , negari nequeat pacta prælationis  
 , seu retractus utilia esse empto-  
 , ri, fateri cogimur gravia esse  
 , venditori, cum correlativa hæc  
 , sint: leges autem quæ pretia  
 , taxarunt, certo prohibent de-  
 , teriorem fieri venditorum con-  
 , ditionem, cum in ipsorum fa-  
 , vorem constitutæ sunt, atque  
 , inde in eorundem gratiam am-  
 , pliandæ. Matienz. in *l. i. tit.* 15.  
 , *lib. 5. Recop. gloss.* 1. *num.* 6.  
 , loquens de prælationis pacto ait,  
 , nihil curandum de eo, quia po-  
 , tius tribuendum est imperitiæ  
 , Tabellionum, quam voluntati  
 , partium: quod verum putamus.

, Sed

, Sed ulterius dicimus, quod etsi  
 , constet aliquo in casu partium  
 , voluntate adjectum esse, nullius  
 , erit roboris, sed pro non scri-  
 , pto habendum.

30, Neque nos turbat Mo-  
 , tus *Proprius Pii V.* dum in  
 , quinta clausula hoc prælationis  
 , pactum probat: quia præter-  
 , quam quod non loquitur de cen-  
 , sibus quorum pretia taxata sunt,  
 , non est receptus in Hispania,  
 , ut diximus *n.* 17. & in hoc ma-  
 , ximum gravamen continet, quod  
 , non tenentur admittere Princi-  
 , pes sæculares, cum natura cen-  
 , sus qui contractus sæcularis est,  
 , id non efflagitet, neque illo  
 , periculis animarum obvietur, ut  
 , disserit Molin. in *comment. d.*  
 , *5. clausulæ quintæ, tractat. 2. de*  
 , *just. & jur. disput.* 390.

31, Pacta itaque omnia, quæ  
 , quia venditori gravia sunt, pre-  
 , tium census minuunt, pro non  
 , scriptis habenda, Faria ad Co-  
 , varr. 3. *var. cap.* 7. *num.* 14.  
 , contractum vero ipsum non vi-  
 , tiant. Sed quæritur, an idem  
 , dicendum, si expresse constitu-  
 , tum fuerit pretium vilius seu  
 , minus eo quod leges taxasse vi-  
 , dimus *supra* *num.* 17. Et quam-  
 , vis *l. 8. d. tit.* 15. *lib. 5. Recop.*  
 , videatur probare, totum con-  
 , tractum esse nullum, ibi: *Y las*  
 , *ventas y contratos de los dichos*  
 , *censos, que en otra manera y*  
 , *a menor precio se hicieren y*  
 , *otorgaren, sean en si ningun-*  
 , *nos, y de ningun valor y efecto:*  
 , tamen *ll.* 6. 12. & 15. *ead.* quæ  
 , latius loquuntur, asserere nos  
 , cogunt, non totum vitium con-

, tractum, sed pretii diminutio-  
 , nem duntaxat, seu quod idem  
 , est, ita pretii & pensionis con-  
 , stitutionem reformandam, ut  
 , non major pensio solvatur quam  
 , quæ pretii taxationi respondeat.  
 , Itaque si censum constituens 100.  
 , tibi dederit ut 4. quotannis mihi  
 , solvas, valido evadente censu,  
 , 3. tantum solvere mihi teneberis.  
 , Hæc namque leges laudatis  
 , *d. l. 8.* verbis, quæ etiam ex-  
 , primunt, hæc alia immediate  
 , adjiciunt: *Y que no se pueda*  
 , *en virtud de ellos, pedir ni co-*  
 , *brar en juicio, ni fuera de él,*  
 , *mas de a la dicha razon y res-*  
 , *pecho.* Quare laudata *l. 8.* in hoc  
 , argumento minus locuta est,  
 , plus voluit, & per alias am-  
 , plianda seu explicanda. Vide  
 , Avend. late probantem hanc  
 , sententiam *cap.* 36. *de censib.* &  
 , Larrea *allegat.* 25. *num.* 8.  
 , alios laudantem.

32, Superest ut pro *hujus*  
 , *Appendicis* complemento, mo-  
 , dos quibus census extinguuntur,  
 , recenseamus. Amittuntur itaque  
 , primo: rei interitu, de quo,  
 , occasione data, locuti jam su-  
 , mus *supra* *num.* 23. Secundo:  
 , si res censui obnoxia, tota sim-  
 , pliciter & in perpetuum fructi-  
 , fera esse desierit, ut bene pro-  
 , bat Leotard. *de usur. quæst.* 57.  
 , *per totam* ratio ea est quam  
 , adduximus *supra* *num.* 26. sta-  
 , tuentes: quæ censui subji-  
 , ciuntur debere esse frugiferas:  
 , & quia de re simpliciter, per-  
 , petuo, & in totum sterili per-  
 , inde judicandum ac de re per-  
 , emptæ, quoad effectum perci-  
 , piendi,

, piendi fructus ex ipsa. Quia  
 , vero non est in potestate debi-  
 , toris rem deteriorē reddere,  
 , atque ita creditori præjudicium  
 , inferre, ab hoc cogi poterit ut  
 , prædium colat ut diligens pa-  
 , terfamilias, Leotard. *de usur.*  
 , *quæst. 57. num. 6.* & si ejus  
 , dolo vel culpa res perierit vel  
 , infructuosa sit reddita, licet cen-  
 , sus extinguatur nihilominus ex  
 , defectu rei cui inhæret; pote-  
 , rit census dominus repetere pre-  
 , tium & id quod ejus intersit,  
 , ut docet idem Leotard. *d.*  
 , *quæst. 57. nn. 56. & 57.* &  
 , *Genç. de censib. quæst. 101.* &  
 , consonum est juris regulis de  
 , dolo & culpa debitorum.

, Insuper, quia sæpe dubita-  
 , ri potest, an res censui suppo-  
 , sita, per mutationem quam fue-  
 , rit passa, censenda sit perem-  
 , pta vel facta sterilis; si hoc præ-  
 , textu a solutione pensionis sese  
 , excusare voluerit debitor, cre-  
 , diderim jus esse creditori eum  
 , cogendi ut vel pensionem sol-  
 , vat, vel rem ipsi creditori di-  
 , mittat: tum quia ita facillime  
 , amputantur lites, & obviatur  
 , fraudibus debitorum: tum et-  
 , iam, quia cum census se ha-  
 , beat ad instar servitutis, totam  
 , que rem sive partes ejus omnes  
 , afficiat; reapse & in habitu,  
 , ut ita loquar, in re sterili &  
 , mutata aut quacunque ejus par-  
 , te conservatur, ut in area ma-  
 , net jus pignoris exusta domo,  
 , *l. 29. §. pen. de pignor.* & ea-  
 , tenus extinctus dicitur quatenus  
 , dominus nec jus ullum exigen-  
 , di pensiones habet, nec posses-

, sorem aræ cogendi, ut domum  
 , ite um ædificet. Hocque obtine-  
 , bit, etiamsi census venditor  
 , pactus fuerit ut rei interitus &  
 , omne periculum ad se pertine-  
 , ret, obligationemque domum  
 , reædificandi in se suscipisset;  
 , nisi hæc obligatio compensata  
 , sit, at æto scilicet pretio supra  
 , legis taxationem in tertia, quar-  
 , ta, aut simili parte arbitrio Ju-  
 , dicis moderanda, quæ periculo  
 , quod venditor suscipit, ex æquo  
 , respondeat, Molina *dispp. 389.*  
 , & 391. *Avend. cap. 60. n. 11.*  
 , *Vela dissert. 33. a num. 72.*  
 , ubi latissime disputat de renun-  
 , ciatione casuum fortuitorum,  
 , ejusque vi & extensione. Re-  
 , cole quæ diximus *num. 28.*  
 , *seqq. de pactis debitori gra-*  
 , *bis.*

, Quid igitur dicemus si do-  
 , mus iterum ædificetur? Com-  
 , munis sententia negat censum  
 , destructione extinctum revivis-  
 , cere, ut in usufructu evenit.  
 , Sed contraria verior: quia, cum  
 , ut modo diximus, in area man-  
 , serit in habitu, non tam ex-  
 , tinctus quam suspensus seu in-  
 , fructuosus redditus existiman-  
 , dus, perinde ac si ager qui per-  
 , petuo sterilis factus credebatur  
 , nullosque fructus per plurimos  
 , annos produxit, denuo fructuo-  
 , sus fiat. Nec obstat exemplum  
 , ususfructus: quia jus hoc per-  
 , sonale tacillime amittitur quo-  
 , cunque facto quo res nomen  
 , mutet, adeo ut ususfructus syl-  
 , væ sine dubio extinguatur, si  
 , ea cæsa, sationes illic sint fa-  
 , ctæ, *l. 10. §. 4. quib. mod. u-*  
 , *sus-*

, *susfr. vel usus am.* quod in  
 , censu nemo usquam dixit. Cæ-  
 , terum creditori nullum jus erit  
 , exigendi pensiones annis rui-  
 , næ respondentem: quia indebi-  
 , tæ. De praxi contraria juste con-  
 , queritur Socueva in *libello de*  
 , *los censos §. 4. in fine*, inquiens  
 , eam esse causam ob quam Hi-  
 , spalensis civitas areis abundet  
 , ruinis deformata. Utile igitur  
 , erit possessori aræ ad vitan-  
 , das lites, ut antequam reædi-  
 , ficet, cum creditore paciscatur.  
 , 33, Tertio extinguitur cen-  
 , sus demissione rei in qua est  
 , collocatus, id est, si rei pos-  
 , sessor eam dimittat seu derelin-  
 , quat census domino, ut osten-  
 , dit *Avend. de censib. cap. 110.*  
 , *nn. 6. & 12.* Ratio eadem fere  
 , quæ in casu interitus rei: quia  
 , nempe, cum census, ut sæpe  
 , diximus, onus sit rei ad instar  
 , servitutis, rem solam afficit,  
 , personamque duntaxat obligat,  
 , quatenus rem ipsam possidet:  
 , neutiquam alias: cui omnino con-  
 , sequens, ut debitor possit rem  
 , dimittere atque ea dimissa libe-  
 , rari; quemadmodum liberum  
 , est domino prædii servientis i-  
 , psam dimittere. Nec absimili  
 , ratione Jurisconsultus Marcianus  
 , in *l. 114. §. sed si 4. vers. Cer-*  
 , *te de legat. 1.* audiendum esse  
 , docet legatarium fundi, qui cum  
 , rogatus fuisset certam quantita-  
 , tem alteri dare, voluerit ipsum  
 , fundum præstare fideicommissa-  
 , rio, ut ab onere fideicommissi-  
 , si sese liberaret. Et quidem  
 , quando debitor rem oneratam  
 , domino census dimittit, confu-

, sio jurium contingit; notissi-  
 , mum autem est, confusione tol-  
 , li omnes obligationes ipso jure,  
 , *l. 75. de solut.* Ex tribus modis  
 , extinguendi census hactenus re-  
 , latis, primus & tertius locum  
 , etiam habent in emphyteusi &  
 , censu reservativo; hoc tantum  
 , discrimine, ut emphyteusis dun-  
 , tum extinguatur, quin ullam  
 , pensionis diminutionem possit  
 , emphyteuta petere quandiu pars  
 , rei manet, ut ex *l. 1. C. de jur.*  
 , *emphyt.* diximus in *§. 3. de lo-*  
 , *cat. & conduct.* ubi & rationem  
 , attulimus: quia videlicet pen-  
 , sionem non solvit pro modo  
 , fructuum quos percipit, sed in  
 , recognitionem dominii directi  
 , seu supremi. Quæ ratio impedi-  
 , mento etiam est, quominus em-  
 , phyteusis extinguatur per seculum  
 , recensitum modum, quan-  
 , do scilicet res infructuosa sit.  
 , Poterit tamen emphyteuta, si  
 , sibi expediat, rem his casibus  
 , dimittere & liberari, cum nullo  
 , jure prohibeatur. Cæterum in  
 , nostra Hispania meminisse oportet,  
 , nedom totius rei interitum  
 , pertinere ad dominum directum,  
 , sed etiam quando talis est, ut  
 , minus quam octava rei pars ma-  
 , neat, ut monuimus in *d. §. 3.*  
 , *de locat. & cond. ex l. 28. tit. 8.*  
 , *P. 5.*

, 34, Extinguitur quarto cen-  
 , sus præscriptione 30. annorum,  
 , quando scilicet possessor rei quæ  
 , censui subjecta fuerat, eam tan-  
 , quam liberam ab illo onere tri-  
 , ginta annos continenter bona  
 , fide possedit, ut generaliter,  
 , Qq

, nulla inter possessores adhibita  
 , differentia, tradunt Gom. 2. *var.*  
 , *cap. 11. n. 45.* & Carleval *de*  
 , *jud. lib. 1. tit. 3. disp. 4 n. 20.*  
 , Alii vero Doctores distinguen-  
 , dum existimant, an rei posses-  
 , sor sit ipse qui rem censui sup-  
 , posuit, aliusve qui rem ab eo  
 , habet titulo universalis; an ter-  
 , tius, seu alter qui illam ti-  
 , tulo singulari fuerit adeptus. Hi  
 , in priori casu laudatam senten-  
 , tiam Gom. & Carlev. defendunt,  
 , atque de ea exaudiendam pu-  
 , tant *l. 6. tit. 15. lib. 4. Recop.*  
 , (*63. Tauri*) quæ obligationibus  
 , cum hypotheca seu mixtis hunc  
 , præfixit terminum. Cæterum in  
 , secundo in diversas abeunt sen-  
 , tentias. Gutierr. *lib. 1. præf.*  
 , *quæst. 90.* cum pluribus quos  
 , ibi laudat *num. 9.* contendit,  
 , tertium qui rem ut liberam bo-  
 , na fide justoque titulo per 10.  
 , annos inter præsentis, & 20. in-  
 , ter absentes possedit, rei liber-  
 , tatem consequi censu penitus  
 , extincto, ex *ll. 39. tit. 13. P. 5.*  
 , & *27. tit. 29. P. 3.* probanti-  
 , bus *ll. 2. & 3. C. si adversus*  
 , *vendit.* quas per *d. l. 6.* non  
 , corrigi existimat: quod non pla-  
 , cet; quia præterquam quod  
 , verba hujus *l. 6.* generalia sunt,  
 , ibi: *La deuda se prescribe por*  
 , *30. años*, quin ullam possesso-  
 , rum differentiam meminerit; nul-  
 , la apparet ratio ob quam *ea-*  
 , *dem lex 6.* correctoria sit, ut  
 , fatetur ipse Gutierr. *dd. ll. 39.*  
 , & *27.* pro ea parte, qua in pri-  
 , mo casu 40. annos ad præscri-  
 , bendum desiderabant; & non  
 , corrigat eas pro alia parte, qua

, in secundo 10. vel 20. annis  
 , contentæ erant.

35 , Sed neque placet opi-  
 , nio Avend. *de censib. cap. 103.*  
 , *n. 7.* existimantis tertium pos-  
 , sessorem non posse præscribe-  
 , re, nisi per tempus immemora-  
 , bile, vel 40. annos cum titulo;  
 , ea ducti ratione, quod cen-  
 , sus contractui adjicitur semper  
 , pactio de re non alienanda, quæ  
 , cum impediatur dominii transla-  
 , tionem, præscriptioni resistit.  
 , Quia præterquam quod non tan-  
 , ta tribuenda est vis dictæ pa-  
 , ctioni, ut docet Gutierr. *d.*  
 , *quæst. 90. n. 10.* non agimus  
 , hic de præscribenda re censui  
 , obnoxia, sed de præscribenda  
 , ipso censu, qui cum etiam  
 , eo, qui ipsum rei suæ impo-  
 , suit, vel saltem ab ejus herede,  
 , qui bonam fidem habere potest,  
 , præscribi valet: insuper haben-  
 , da ad id quæcunque prohibitio  
 , alienandi. Præterea, cum nos  
 , *supra n. 28.* laudatæ pactioni in  
 , censibus, qui pretium a lege  
 , habent, locum non fecerimus,  
 , rationem Avend. quoad illos  
 , attinet, longius aplegamus.

36 , Concludimus ergo, o-  
 , mnes rei censui subjectæ posses-  
 , sores, nulla inter eos distin-  
 , ctione adhibita, qui rem ipsam  
 , tanquam liberam 30. annos bo-  
 , na fide possederint, rei liber-  
 , tatem præscribere, censumque  
 , hac præscriptione prorsus ex-  
 , tingui: ita tamen, si neque  
 , ullus alius pensionem creditori  
 , solverit. Quæ sententia com-  
 , munis est magisque consona  
 , laudatæ *l. 6. tit. 15. lib. 4. Re-*  
 , *cop.*

, *cop.* quæ inter possessores non  
 , distinguit, & 30. annos deside-  
 , rat ad præscribenda seu extin-  
 , guenda debita, quæ non ex me-  
 , ra obligatione personali nascan-  
 , tur, quale esse censum nemo  
 , ibit inficias. Exigimus autem bo-  
 , nam fidem, quia ut diximus in  
 , §. 2. *vers. In Hispania de usu-*  
 , *cap. necessaria* in Hispania est  
 , etiam in præscriptione 30. an-  
 , norum. Animadvertere autem  
 , hic obiter lubet, receptum in  
 , hoc Valentiano Regno fuisse,  
 , pluriesque rerum judicatarum  
 , auctoritate firmatum, ut census  
 , non minori quam centum anno-  
 , rum præscriptione extingueren-  
 , tur, ut docet Bas in *Theat. ju-*  
 , *risp. c. 12. n. 23.* Cæterum cum  
 , hodie nulla sit ratio quominus  
 , hæc jurisprudentia per laudatam  
 , *l. 6.* non sit abolita, postquam  
 , jus commune Hispaniæ seu le-  
 , ges Castellæ, ut vocant, in eo-  
 , dem servamus: crediderim etiam  
 , in hoc Regno census nunc ex-  
 , tingui 30. annorum præscriptio-  
 , ne. Sed nec ratio ob quam an-  
 , tea centenaria credebatur neces-  
 , saria, adducta a Bas *d. n. 23.*  
 , maximi erat ponderis.

37 , Hæc præscriptio quæ cen-  
 , sum extinguit, currere incipit  
 , ex eo tempore quo omnino ces-  
 , satum est in solutione pensio-  
 , nis, id est, quo creditor eam  
 , a nullo percepit, ut optime  
 , probat Avend. *ubi supr. c. 105.*  
 , Quare etsi possessor rei non  
 , solverit, nullus esse poterit  
 , præscriptioni locus, adeo ut nec  
 , inchoata dici queat, dum is qui  
 , cum creditore contraxit, alius-

, ve ejus nomine solvat, Cenc-  
 , *de censib. quæst. 117. nn. 16.*  
 , & 17. An autem extincto ipso  
 , censu per præscriptionem, ex-  
 , tinctæ etiam intelligantur omnes  
 , annuæ pensiones tam primi an-  
 , ni ex quo in solutione cessatum  
 , est, quam reliquorum sequen-  
 , tium, vel tot sint præscriptio-  
 , nes necessariæ, quot pensiones,  
 , ut in quolibet anno nova requi-  
 , ratur præscriptio; quæstio est  
 , majorem habens difficultatem,  
 , quam late examinat idem Avend.  
 , *cap. 104.* Juxta sententiam ita-  
 , que hujus Doctoris, præscriptione  
 , ipsa, quæ censum extinguit, o-  
 , mnibus ejus pensionibus præscri-  
 , betur ut nulla amplius exigi  
 , possit. Ratio ea est quam tradit  
 , Carlev. *de jud. lib. 1. tit. 3.*  
 , *disp. 4. n. 20.* & ipse Avend.  
 , *d. cap. 104. n. 3.* quia nempe  
 , census est principalis aut præci-  
 , puum & radix seu origo totius  
 , obligationis, pensiones vero ac-  
 , cessoriæ ab eo pendentes; no-  
 , tum autem est corruere acces-  
 , soria principali corruente. Præ-  
 , terea, huic sententiæ manifestis-  
 , sime favet Justinianus in *l. 26.*  
 , *C. de usur.* Cæterum ipse Justi-  
 , nian. verbis adeo claris senten-  
 , tiam contrariam videtur firmare  
 , in *l. cum notissimi 7. §. in his*  
 , *6. de præscript. 30. vel 40.*  
 , *ann.* ut plurimum in ea cum *d.*  
 , *l. 26.* concilianda desudent Cu-  
 , jacius alique Interpretes cum  
 , Glossa, atque ita perplexam  
 , hanc faciant quæstionem ex Ro-  
 , manorum jure, ut utramque  
 , æque probabilem esse dici queat.  
 , Nobis magis aliquantulum arri-  
 , det

, det sententia Avend. quia & verba *d. l. 26.* clariora sunt, & adlata ratio qua innitur, magis est ponderis. Contrariam sequuntur plurimi adducti ab Ayllon *ad Gom. 2. var. c. 11. n. 45.* & summus Cujacius in *d. l. 7.*

38 , Denique redimibiles census redemptione extinguuntur, id est, quando creditori redditur, sive solvitur sors seu pretium quod in ejus constitutione acceperat, qui modus simplicissimus est, maximeque naturalis. Liberum itaque erit debitori census, quodcumque voluerit, pretium ejus creditori reddere, eaque solutione census extinguere; nēdum ex integro, sed & pro parte, invito etiam creditore, ut alios laudantes bene probant, contrariisque satisfaciunt Avend. *ubi supra cap. 107.* Felician. *lib. 1. cap. 8. num. 16.* & *tom. 2. lib. 1. cap. 8. num. 12.* Vela *dissert. 34. a num. 48.* plures decisiones Senatuum Hispalensis & Granatensis referens, & Gutierrez. *lib. 2. pract. quæst. 174.* Horum præcipua ratio est: quia *Extravagantes Martini V.* & *Callixti III.* de quibus meminimus *num. 26.* apud omnes in hoc argumento receptæ & maxime commendabiles, tanquam quæ primæ horum censuum formam statuerunt seu probaverunt, redemptiones in eis pro parte fieri posse statuunt. Quia vero partis nomine quo *dd. Extravagantes* utuntur, dimidia significatur, *l. 43. de usufr.*

*l. 164. §. 1. de verb. sign.* & facultas redimendi per partes ad- versatur doctrinæ communiter receptæ in argumento de solutionibus, quod scilicet solutio per partes fieri nequit creditore invito; veram putamus sententiam Vela *d. dissert. num. 50.* existimantis non licere debitori partem minorem dimidia redimere. Gutierrez. *ubi supra.* vult, partem quæ redimitur debere esse mediocrem, veluti tertiam, aliamve arbitrio Judicis attentam, quantitate ipsius census & personarum; huncque in dubio priorē ad admittendam redemptionem pro parte, quam ad denegandam, maxime si census pluribus jam retro annis datum seu fuerit solutus; quandoquidem isti census odiosi sunt: nisi tam minima fuerit pars, ut ejus limitata redemptio grave creditori damnum inferret. Insuper recte quoque statuunt iidem DD. non valere pactum, quo redemptio census per partes prohibetur, nisi fuerit commensuratum, majore pretio, quam quod lex taxat, in ejusdem constitutione dato. Ratio ipsis est, quia hoc pactum, utpote debitori grave, pretium datum minuit, quod leges nostræ severe prohibent. Quæ solidissima ratio eos quoque movere debuit, ut omnia hujus generis pacta improbarent, ut nos fecimus *supra num. 28.* Illud denique prætereundum non est, naturam census non pati, ut creditori concedatur potestas cogendi debitorem ut eum redimat, quia

, quia si id evenerit, non census, sed mutuū erit, & pensiones usurariæ, ut monet Felician. *d. lib. 1. cap. 8. num. 18.* & *alibi.*

39 , Animadvertere autem hic libet, non esse infrequentem in hoc Valentino Regno, & debitorum appellari contractum similem casui a Diocletiano & Maxim. probato in *l. curabit Præses 5. C. de act. empt. & vend.* in hæc verba: *Curabit Præses Provinciæ compellere emptorem qui nactus possessionem fructus percipit, partem pretii quam apud se habet cum usuris restituere: quas & perceptorem fructuum ratio, & minoris ætatis favor (licet nullam mora intercesserit) generavit.* Debitorium autem nihil est aliud, quam: *Emptio in qua emptor rem venditam accipiens, totum pretium vel ejusdem partem apud se retinet, constituens, se certo tempore illud integre soluturum, & interim pensionem respondentem pretio seu parti ejus, cujus est debitor: venditore sibi reservante jus eam exigendi in compensationem fructuum rei quam tradidit.* Justitiam *d. l. 5.* late probat Covarr. *3. var. cap. 4.* & latius plures laudans Faria in *add. ad ipsum Covarr. d. cap. 4.* ea nixus ratione, quod usuræ quas hoc casu percipit venditor, non sunt proprie usuræ, lucratoriæ scilicet jure improbatæ; sed compensatoriæ ejus quod ipsi debetur, & justissime recepturus erat, pretii videlicet

, rei suæ quam emptori tradidit. Quam rationem illustrat idem Covarr. plura memorans probansque pacta, quæ in hunc finem a contrahentibus adjici valent in emptionibus; atque inter ea *n. 6.* quoddam simillimum illi, quo debitorium apud nos constituitur, ut nempe emptor constituat, se soluturum venditori certam annuam quantitatem, dum pretium solutum non fuerit, jure & titulo annui redditus redimibilis venditi super ipsa re vendita; additque id notandum, quia ipse vidit non semel hanc pactio- nem initam fuisse. Simillimum dixi & non idem, quia ab eo debitorium aliquantulum differt, quatenus in hoc tempus assignari solet, intra quod emptor tenetur solvere pretium, & jus percipiendi annuos redditus non emittitur, ut mox videbimus.

40 , Per venditionem itaque cum laudato pacto, cujus meminit Covarr. *d. num. 6.* verus constituitur census consignativus, ut bene probat Molina *disputat. 382.* ostendens duas eo casu contrahi venditiones, prima nempe clara, qua venditor rem in emptorem transfert: secunda occulta per fictionem brevis manus, quia fingitur emptorem rei pretium solvisse venditori, huncque postea tradidisse emptori ipsi, emendo ab eo jus percipiendi pensiones super re ipsa vendita. At in debitorio prima duntaxat venditio clara intervenit, secunda desideratur: quia cre-



ditor jus pensiones percipienti non habet titulo emptionis, sed quia eas, rem vendens, sibi reservat in fructuum compensationem. Quin proinde census evadat reservativus, quia pretium certum desiderat, ut venditiones cæteræ: quod in censu reservativo alienum. Concludimus igitur cum D. Hieronymo de Leon *decis.* 48. & Bas in *Theat. jurispr. cap.* 12. n. 18. cum *seqq.* debitorium ab omni censu distingui: quia, cum ut modo diximus, creditor pensiones percipiat duntaxat in compensationem fructuum rei quam tradidit nullo accepto pretio, & ne utroque simul re & pretio, cum magno sui detrimento carere cogatur, juxta laudatam *L. 5. C.* consequens est, ut debitoris obligatio ita sit personalis, ut rem venditam nequiquam afficiat, neque ullum ad ipsius personæ industriam aut operas respectum habeat: sine quibus nullum esse censum, si vitalitium excipias, apud omnes in confesso est.

41, Atque hac forte de causa locum non habet in debitoribus augmentum pretii seu pensionis diminutio ad rationem 3. pro 100. de quo fuimus locuti *supr. num.* 17. ex Regia decisione emanata anno 1762. ad supplicationem Ecclesiarum oppidorum *Castellon de la Plana*, *Villareal* aliorumque. In qua, Regio Castellæ Senatu consulente, Rex jubet, ut debitoria in eo maneant statu quem

ante ann. 1750. in quo laudata pensionis diminutio contigit, habebant; ita tamen ut liberum sit debitoribus jus suum de minuenda pensione apud ipsum Castellæ Senatum proponere in judicio petitorio seu proprietatis. Laudata itaque decisio statum duntaxat possessorum respexit, nihil de jure proprietatis definiens. Et sane, licet re accurate examinata, debitoria proprie non sint census; fatendum tamen vicem censuum obtinere, ex voluntate saltem creditorum: quandoquidem ii dum prædium in debitorium vendunt, hoc solum intendunt, ut pensiones pretii ipsi solvantur ad rationem 5. pro 100. ut in censibus obtinebat ante dictum annum 1750. Id ipsum observatur in venditionibus, quæ cum pacto de revendendo fiunt (*d. carta de gracia* nos dicimus); in eis etenim id agitur frequentissime, ut venditor extraneum suborneat, qui prædii venditii conductorem se simulet, ipseque venditor pro eo fidejubeat, reque ita peracta venditor prædium colit fructusque ejus percipit tanquam si illud non alienasset, curante solum emptore pensiones ad rationem 5. pro 100. percipere sub locationis velo: quod plurimis litibus & præjudiciis locum amplum facit: quia cum regulare sit, ut fere omnes has venditiones, quas venditores celare student, ignorent; in causa id est, ut sæpe venditores ipsi prædicia ita vendita aliis iterum ven-

dant,

dant, tanquam si adhuc sua essent.

42, Ut his litibus fraudibusque, quæ etiam in iis qui res censibus obnoxias possident observantur, obviameatur, editæ sunt ann. 1539. *L. 3. tit. 15. lib. 5. Recop.* ann. 1713. *senat. nat. 21. tit. 9. lib. 3.* & tandem ann. 1768. *L. 14. d. tit. 15.* quæ duas anteriores confirmat, ampliusque adhibet remedium. Summa hujus constitutionis hæc est: I. ut in omnibus urbibus oppidisve quæ alicujus territorii sunt veluti metropoles (*Ca bezas de partido* dicimus), quasi tribunal seu officium constituitur (*Oficio de hypothecas*, ait lex), ad cujus regimen liber existat penes Scribam Senatû in quo instrumentorum omnium agentium de censibus, tributis, & generaliter de quacunque hypotheca seu gravamine bonorum immobilium (quo nomine omnia jura perpetua quæ gravamen seu hypothecam admittunt, continentur) notetur, seu habeatur ratio exprimens locum & diem confectionis instrumenti, nomina, & incolarum contrahentium, qualitatem contractus, & bonorum gravaminum subjectorum descriptionem, prout in ipso instrumento facta est. II. ut hæc solemnitas peragenda sit intra sex dies ab eo in quo instrumentum conficitur, si in ipsa quasi metropoli conficiatur; sin autem in alio territorio oppido intra mensem: & in instrumentis *d. l. 14.* antiquioribus antequam in judicium deducantur. III. ut propter hu-

jus solemnitatis omissionem nulla sint instrumenta quoad effectum persequendi hypothecas, cæterosque qui rei libertatem impediunt: res etenim libera existimanda ab omni onere seu gravamine, sub poena amissionis officii, solutionisque damnorum, hac occasione emergentium cum quadruplo in Judices qui contra judicaverint. IV. ut sub eadem nullitate & poena teneantur Notarii, qui instrumenta conficiunt, in eis exprimere laudatæ solemnitatis necessitatem, deque ea contrahentes monere. V. ut si quis e contrahentibus ad laudatum officium deferat instrumentum aliquid, quod redemptionis census, aut liberationis oneris cujuscunque, cogatur Scriba ejus rationem in libro exhibere, poteritque ipse Scriba rationum quæ in eodem libro habentur attestatorem seu testimonium extrajudicialiter petentibus dare, quin ullo Judicis decreto opus sit.

43, Hujus constitutionis scopus, ut in *laudatis legibus* habetur, est, ut ad omnium novitiam rerum onera facile pervenire queant; & occasio occulandi ea, emptorémque circumscribentem vitetur. Eadem de causa statutum quoque in *L. 2. d. tit. 15.* ut si dominus rei suppositæ censui vel tributo, alium censum seu tributum super ipsa imposuerit seu vendiderit, de priori non monens hunc novum emptorem, teneatur huic ipsi tradere vel restituere pretium, quod ab eo acceperat cum duplo.

plo. Si autem idem dominus rem ipsam censui obnoxiam ut liberam vendiderit, censusque redimibilis fuerit; jus erit emptori venditorem cogere ut censum redimat, & reditus omnes ad quorum solutionem ipse teneri poterat, solvat; vel pretio nondum soluto, poterit per exceptionem, census pretium retinere, *l. ex his prædiis §. C. de eviction.* ad dissolutionem igitur venditionis non aget: quia dum apud eum res libera manet, qualem comparavit, nihil est de quo conquiri valeat, *Molina disp. 394. vers. E contrario cum seq. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 169.* ubi ait se ita vidisse pronunciatum in Regia Cancellaria Pinciana.

44, Quia vero quando census irredimibilis est, nullam luendi potestatem venditor habet, alia via emptori consulendum erit. Si ex jure Romanorum quæstio decidenda foret, distinguendus casus in quo venditor scit rem esse censui subpositam ab eo in quo id ignorat: ut in primo venditor teneatur emptori actione ex em-

pto in id quod hujus intersit; & in secundo præstet eidem quantum minoris rem iste emisset, si scisset censum impositum, *l. 1. §. 1. l. 13. §. 6. l. 39. de action. empt. & vend. l. 61. de evict. & ibi Gothofr. Gomez 2. var. cap. 2. num. 45.* Loquuntur quidem hæc leges de servitutibus, sed quam similes, & maxime in hoc argumento, sint servitutes censui irredimibili, nemo non videt, ut nullus differentiarum locus pateat. At in nostra Hispania *l. 63. tit. 5. P. 5.* jus emptori tribuit, ut venditionem rescindat, pretiumque quod dedit a venditore repetat una cum damnis detrimentisque, quæ occasione sit passus, *Gutierr. d. quæst. 169. Gom. d. num. 45.* ubi recte existimat, quod *hæc lege stante*, in electione emptoris sit vel rescissionem venditionis petere, vel rem retinere, & ad id quod ejus intersit seu quanto minoris agere, secundum juris Romani placita: per illa etenim *d. l. 63.* verba *puer de el comprador desfacer la vendida*, manifesto emptori hæc electio conceditur.

## TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

### DE SOCIETATE

*Dig. Lib. 17. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 37. (1).*

I **T**ertia species contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Soci-

(1) *Tit. 10. P. 5.*

cietas est: *Contractus, quo inter aliquos agitur ut res aut operæ communicentur, lucri in commune faciendi gratia (1).* Primum, ut sit societas, necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l. 5. §. 2. hoc tit.* Enimvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera (2), an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. 71. eod.*

2 Porro, quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut a Papiniano vocatur, *l. 52. §. 8. eod.* (3): nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem incidant, puta si legatum, donatio, aut hereditas duobus communiter obvenit, aut si res a duobus simul simpliciter empta sit, *l. 31. cum 3. ll. seqq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis in *addit. ad Bart.* temperandum est quod in *l. 2. commun. div.* Jurisconsultus ait, rem, quæ a duo-

Tom. II.

(1) *L. 1. d. tit. 10. P. 5.*

(2) *Princ. d. tit. 10. P. 5.*

bus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis: idemque præsupponendum in specie *l. 2. C. hoc tit.* quanquam Bart. ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus in *d. l. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res a duobus pariter emitur, societatem contrahi.

3 Denique, quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituat, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maxime voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiarum duorum voluntate dominorum confusæ sunt, massa quidem hæc communis est, *§. 27. supr. de rer. divis.* at non jure societatis. Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *l. 29. §. 2. hoc tit.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus e sociis damni sit expertus, modo tamen quo postea intelligetur. Cum autem de communionem eo, quo dixi animo, inter

Rf

(3) *D. l. 1. vers. E fazese.*

aliquos convenit, tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *l. 2. de obl. & act.* Nec adversatur quod scribit Modestinus *l. 4. hoc tit.* posse societatem coiri re & verbis &c. Significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventionem, an tacite re seu facto aliquo consensus declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. ad *d. l. 4. Species societatis* sumuntur a diversitate materiæ; ac de eo *hic* primum agitur, deinde disputatur de participationibus circa partes lucri & damni; postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur.

## TEXTUS.

## Divisio a materia.

*Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωσιαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini; aut frumentum emendi vendendique (1).*

## COMMENTARIUS.

**S**ocietatis diversæ sunt species, & effectibus & subjectis distinctæ, ut *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. & pass. hoc tit.* Imperator autem *hoc loco* id tantum

(1) *L. 3. d. tit. 10. P. 5.*  
(2) *L. 6. eod. l. 47. tit. 28. P. 3.*

videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quanquam minus accurata ea oppositio est. Pinguis a diversitate subjecti societas ita distribui potest; ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii; aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ cœrentium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, *l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit. (2)*: actiones invicem succedendæ, *l. 3. eod. (3)*: quæ postea obveniunt, judicio societatis communicanda, *l. 73. & l. seq. eod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera sociorum quærentur, *d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod.* Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, *dd. l.*

**2** In hac societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta, atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur, *l. 52. §. ult. hoc tit. l. 39. §. 3. fam. erisc.* Nec mirum, cum rursus omnia, etiam, quæ ex lu-

(3) *D. l. 6. in fin. d. l. 47.*

crativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus e sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum, honeste tamen & decenter, non profuse in fraudem sociorum, id in societatem imputabitur; veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine, quid honeste & bona fide erogavit, fac. *l. 50. fam. erc.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius patris, arg. *l. 19. de rit. nupt.* Menoch. 2. *de arb. jud. cap. 127.* Fachin. 8. *contr. 4.*

**3** In societate universorum, quæ ex quæstu veniunt, res cœrentium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione venditione, locatione conductione & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hereditas, legatum, donationes, extra hanc causam habentur, *l. 7. & aliquot seqq. hoc tit.* Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatem coeunt, hoc est, tantum dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, *d. l. 7. (1).*

(1) *L. 7. d. tit. 10. P. 5.*

**4**, IN HISPANIA si societas, omnium bonorum fuerit contracta, nedum bona, quæ cœrentium erant tempore contractæ societatis continuo ipso jure communicantur; sed etiam, quæcumque alia undique alicui eorum obveniant, *l. 16. tit. 10. P. 5. l. 47. tit. 28. P. 3.* Gomez. 2. *var. cap. 5. num. 3.* Matienz. in *l. 2. tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. 3. num. 9.* Greg. Lop. in *gloss. 5. d. l. 47.* ubi hanc legem commendat, Garc. *de expens. cap. 13. num. 13.* In societate autem omnium lucrorum post contractam societatem acquirendorum, bona postea obvenientia non communicantur ipso jure; sed communicanda judicio societatis, & ita ut etiam hereditas uni relicta sit communicanda, *l. 12. tit. 10. P. 5.* quia verbum *lucra* (Hispane *ganancias*) generale est in omnibus lucris etiam non provenientibus ex quæstu. Si autem simpliciter fuerit coita societas, lucra duntaxat quæstuarium communia fient, ut hæc societas quadantenus diversa sit a præcedente, *l. 7. eod. & ibi Lopez gloss. 1.*

## TEXTUS.

## De partibus lucri &amp; damni.

**1.** *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur.*

Rr 2

Ean-

stantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæc servari debent (1). Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.

## COMMENTARIUS.

I **O**mnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. I. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt. II. Si partes expressæ fuerint, has servari oportet. III. Si una tantum in causa pars expressa sit, in altera quæ ommissa est, eadem pars servari debet.

2 **Æquales scilicet partes]** Si partes expressæ non sint, id tacite actum intelligitur, ut æquales sint, l. 29. pr. hoc tit. æqualitate scilicet non arithmetica, sed geometrica, id est, analogia rebus collatis, ut si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fiant. Nam cum nihil æquius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, l. 6. l. 80. hoc tit. hoc ipsum tacite quoque actum intelligi convenit,

(1) L. 3. l. 4. l. 7. cod.

si nihil aliud dictum est. Plura ad d. l. 29. pro soc. in hanc sententiam commentatus est vir claris. Gerard. Noodt comment. in Pandect. hoc tit.

3 **Ut ad unum duæ partes &c.]** Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Imo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

## TEXTUS.

## De partibus inæqualibus.

2. **De illa sane conventionem quæsitum est, si Titius & Sestius inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sestium duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit), contra sensit, quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lu-**  
crum

crum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti M. sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter (sibi) fieri existimavit (1). Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.

## COMMENTARIUS.

I **Lucri duæ partes, damni tertia]** Difficulus in societate coeunda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed a Servio Sulpitio admissa est: cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

2 **Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera]** Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in o-

(1) L. 4. cod.

mni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum & operarum; quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert; imo justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ; quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpiani in l. 29. princ. hoc tit. Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit, ejusque sententiam Interpretis comm. ad hunc §. & in d. l. 29. sequuntur, Gom. 2. var. resol. 5. num. 5.

3 Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, arg. l. 23. de div. reg. jur. modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. præced. si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æ-

qua-

qualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. seq. & l. 30. in fin. eod.

4. Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas; non video tamen, cur non possit expressa conventionione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur, atque emptio venditio, l. 38. de contr. empt. Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quam alterius; de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mutium probat, defendendam, sufficiat id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solum improbasse inæqualitatem in d. l. 29. hoc tit. Et fortasse nimia visa est Ulpiano partium inæqualitas, de qua in hoc text. quando collatio fuit undiquæ æqualis: quo sensu nulla pugna est inter Ulpian. in d. l. 29. & Paul. in d. l. 30. in fin. ubi simpliciter admittit partium inæqualitatem, non exprimens quanta hæc esse possit.

(1) *Princ. d. tit. 10. P. 5.*

5. *Ut alter pecuniam*] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, l. 1. C. hoc tit. (1), & quidem ita, uti hic dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, d. l. 29. §. 1. hoc tit. (2). Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiscitur ad merces emendas, emat & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit.

6. *Lucri partem ferat, de damno non teneatur*] Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunitatis damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est, id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, d. l. 29. §. 1. hoc tit. Itaque dum hoc casu alter e sociis dicitur immunis damni, de damno pecuniæ duntaxat id exaudiendum est, quatenus pecuniam, quam non contulit, amittere nequit: non autem de damno operæ, quam impendit; & inde æquitas con-

(2) *L. 4. eod.*

ventionis. Ait Justinianus *lucri partem, diserte partem*. Nam talis societas coiri non potest, ut unus lucrum tantum, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, d. l. 29. §. 2. quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum spectat, leonina dicitur, d. l. 29. §. 2. (1) appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino, & vulpe.

## TEXTUS.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa (veluti in solo lucro, vel in solo damno), in altera vero ommissa, in eo quoque, quod prætermisum est, eandem partem servari* (2).

*Hic textus* nullo eget commentario.

## TEXTUS.

Quibus modis societas solvitur. De renunciatione.

4. *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu*

(1) *D. l. 4. tit. 10. P. 5.*(2) *L. 3. tit. 10. P. 5.*(3) *L. 11. eod.*

*perseveraverint. At cum aliquis renunciarerit societati, solvitur societas* (3). *Sed plane si quis callide in hoc renunciarerit societati, ut obvieniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciarerit societati, ut hereditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem acquiritur, soli conceditur* (4).

## COMMENTARIUS.

I. **S**ocietas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis; renunciatione, morte, capitis minutione, egestate unius, l. 4. §. 1. l. 63. §. ult. hoc tit. (5). Quæ singula ordine latius declarabuntur.

2. *Donec in eodem consensu*] Tandiu societas durat, quandiu consensus partium perseverat, l. 5. C. eod. Et si quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur,

, se-

(4) *L. 12. eod.*(5) *D. l. 11. l. 10. eod.*

secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, §. ult. *infr. quib. mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest (1): quomodo in specie dicitur societas dissolvi renunciatione. Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quandam & jus fraternitatis habere creditur, l. 63. *pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, l. 77. §. 20. *de legat. 2.* (2).

3 Adeo autem visum est, ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, l. 70. *hoc tit.* contemnere liceat, l. 14. *eod.* Nam quod Paulus scribit l. 1. *eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat, quam sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis

(1) D. l. 11.

(2) L. 1. tit. 15. P. 6.

non finiatur societas. Porro autem renunciatione dissociamur, aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum cæteris nunciatur ut res suas sibi habeant atque agant, d. l. 63. *in fin. eod.* Tacita voluntas renunciandi ex factis arguitur: quorum exempla habemus in l. 64. cum seq. *eod.*

4 *Si quis callide renunciat* ] Quævis renunciatio quantumvis insidiosa, hæctenus valet, ut renuncianti noceat, & liberet ab eo socios; at ex contrario non quælibet renunciante liberat a sociis, sed ea solum, quæ injuria caret (3). Injuriam autem renunciatio habet, non tantum si callide & invidiose facta sit, cujus exemplum hic profertur cæterum etiam, quæ facta sit absenti; quoad is scierit, l. 17. §. 1. *eod.* Item si facta intempestive, id est, ante tempus conventum (nisi ex nova causa, ll. 14. & 2. *seqq. eod.*), aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius e sociis, sed societatis intersit eam non dirimi. Qui sic renunciat, a se quidem liberat socios suos, se autem ab eis non liberat (4), id est, lucrum sibi obveniens, cujus intuitu renunciavit, cum sociis communicat, damnumque, si quod emergerit, solus sentit & lucri quod sociis acquiritur, nihil habet. Dicimus *cujus intuitu renunciavit*: quia si aliud lucrum fecerit, quod non captavit, ad ipsam solum pertinet, cum

(3) L. 12. tit. 10. P. 5.

(4) D. l. 12. tit. 10. P. 5.

in eo renunciatio non sit callida, l. 65. §. 3. *eod.* & hoc textu:

5, IN HISPANIA doctrina hujus, jus textus duntaxat locum habet, in renunciatione callida seu, malitiosa, id est, facta eo fine, ne, ut lucrum quod renuncians sperabat, commune non sit, sed ipse soli sibi habeat, l. 12. tit. 10. P. 5. Renunciatio vero, intempestiva renunciante obli- gat, ut sarciat socio damnum, hac de causa ei illatum, l. 11. *eod.* Quod utique damnum considerandum proculdubio videtur in rebus societatis tantum: alias otiosum, & ineptum foret casum renunciationis callidæ proponere in d. l. 12. ut speciem distinctam a casu renunciationis intempestivæ, de qua actum fuerat in l. 11. *præc.*

## TEXTUS.

## De morte

5. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi in cœvunda societate aliter convenerit* (1).

## COMMENTARIUS.

1 **E**tiam morte unius socii societas solvitur, l. 4. §. 1. & passim *hoc tit.* Et hoc Tom. II.

(1) L. 10. *eod.*

(2) L. 1. d. tit. 10. P. 5.

genus distrahendæ obligationis, societatis proprium est, recedens ab illo communi, quo placet, heredem in eandem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, §. ult. *præc. tit. l. 37. de adq. v. om. her.* sed admissum in societate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato quoque placet morte mandatarii solvi mandatum; nimium quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad heredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, *qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur.

2 Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres in societatem succedat, l. 35. *hoc tit.* (2), quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult, l. 65. §. 11. *hoc tit.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admittuntur: manetque hoc casu societas etiam post mortem (3), nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, l. 59. l. 63. §. 8. *eod.*

3 *Sed & si consensu plurium* ] Etsi plures quam duo societatem coierint, & unus tan-

(3) D. l. 1. tit. 10. P. 5.

tum ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantum dissolvi quoad personam heredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. 65. §. 9. hoc tit. (1)*. Ratio est, quoniam cum plures societatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno sublato, amplius in societate manere nolle videantur.

4. Nisi in coeunda societate aliter convenerit ] Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. 65. §. 9. (2)*. Neque, quod putat D. Horomanus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. l. 52. §. 9. l. 59. eod.* Confundit Horomanus duo dissimilia pacta; pactum, quo placet heredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbat; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur, quod valere post Paulum in *d. l. 65. §. 9.* tradit Justinianus *hic*.

## TEXTUS.

## De fine negotii.

6. Item si alicujus rei contrahatur societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas (1).

(1) *L. 10. eod.*  
(2) *D. l. 10.*

*Hic text.* expositione non indiget.

## TEXTUS.

## De publicatione.

7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

## COMMENTARIUS.

I Quod Paulus in *l. 65. §. 12. hoc tit.* unde *hic* locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. l. 63. §. ult. eod.* Intelligent enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiae aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui testam. fac. (4)*. Poterat haec species dissociationis etiam ad praecedens genus referri, ad eam videlicet, quae morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet quod dicitur in *d. l. 63. §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione

(3) *Arg. d. l. 10.*  
(4) *D. l. 10. tit. 10. P. 5.*

## TEXTUS.

## De dolo &amp; culpa a socio praestandis.

9. Socius socio utrum eo nomine tantum tequeatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui depositi apud se passus est; an etiam culpa, id est, desidia atque negligentiae nomine, quaesitum est. Praevilit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet (3). Nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibi que hoc imputare debet.

## COMMENTARIUS.

I Qualem suis rebus adhibere solet ] Art. Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: quae sunt ipsissima verba Caji in *l. 72. hoc tit.* quibus verbis culpam levem significari, notum est. Socius itaque culpam levem praestabit: quod etiam evincit *l. 5. §. 2. commod.* Non obstat responsum Celsi in *l. 32. de pos.* ubi probat quod Nerva dixit, eum nempe qui-

Ss 2

ad  
(3) *L. 7. eod. vers. Pero.*

ad sequens genus referri potest, *l. 65. §. 1. & 2. ff. pro soc. (1)*.  
2. Alius succedat ] Intelligit fiscum, qui bona damnatis ablata occupat, & sibi vindicat, *l. ult. de bon. eor. qui ante sent. (vel) mort. sibi conscio. &c.*

## TEXTUS.

## De cessione bonorum.

8. Item si quis ex sociis mortuo debiti praegravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas (2). Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

## COMMENTARIUS.

I Postremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quaerendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quam sublata persona socii. Non puto autem, quod *hic* traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniae in societatem collatum est, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa speratam operam praestare nequeat.

(1) *D. l. 10.*  
(2) *L. 10. vers. E. aun.*

ad suum modum diligens non est, reum esse culpæ latoris: cui videtur consequens, ut socius, a quo tantum exigitur ut ad suum modum sit diligens, culpam latoram duntaxat præstat. Quia respondemus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstat depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpæ levi & negligentiae, quam præstat socius, depositarius non præstat. Illud Celsus facit in *d. l. 32. depos.* hoc alii passim, ut Justinianus *hic*, Cajus in *d. l. 72.* item Paulus *l. 25. §. 16. famil. erciscund.* & Ulpianus *l. 1. de tutel. & ration. distr.*

2 Porro, animadvertendum est, Celsus expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstat, reum esse culpæ latoris, doloque proxima: & merito, quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. Casus itaque de quo Celsus, specialis est. At extra hunc ca-

sum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis.

3 *De se queri, sibi que hoc imputare*] Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia a socio exigenda sit, per *§. pen. sup. quib. mod. re cont. oblig.* Sed in societate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiae adstringi; nimirum, quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantum hoc efficit, ut a socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet a socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quandam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacite promittere videantur.



## APPENDIX

### JURIS HISPANI.

#### DE SOCIETATE LEGALI INTER CONJUGES.

1. *Ubi agitur de hac societate; & ejus nominis ratio.*
2. *Cum matrimonio nascitur, durat, & extinguitur: & exceptiones.*
3. *An aliquando censeatur renovata seu continuata inter conjugem superstitem & heredes defuncti.*
4. *In quibus differat hæc societas ab aliis societatibus; & quæ bona ad eam pertineant, & quæ non, usque ad n. 10.*
10. *Omnia conjugum bona præsumuntur communia quasi constante matrimonio quesita, nisi probetur contrarium.*
11. *Res constante matrimonio acquisita sunt ipso jure communes conjugum.*
12. *Maritus solus eas alienare potest, nisi animo fraudandi id faciat: sed inter vivos duntaxat num. 14.*
13. *An possit eas donare.*
15. *De damnis.*
16. *Uxor potest renunciare his rebus & ante matrimonium, & eo constante, & postquam fuerit solutum.*
17. *Ex his bonis solvendæ dotes & donationes filiis ex eo matrimonio natis.*
18. *Comparatio hujus societatis cum reliquis ratione objecti.*
19. *Quenam uxor facere nequit sine licentia mariti.*

I, IN HISPANIA specialem societatem inter conjuges statutam habemus, de qua agitur ex professo *toto titulo 9. lib. 5. Recop.* in quo leges de ea loquentes collectæ sunt. Hanc societatem legalem & specialem appello, quia non nascitur ex conventionione ut societates cæteræ, sed lege sancita est, insuper habito an conjuges de ea ineunda convenerint necne, *l. 1. d. tit. 9.* & quia diversa est a societatibus omnibus, quas *supra* enumeravimus, ut ex iis quæ *infra* dicemus, apparebit. Nec Romanæ leges eam agnoverunt.

2, Introduta est contentione individualæ vitæ conjugum consuetudinis, quam nuptiæ continent: unde cum matrimonio nascitur, durat, & extinguitur; ita ut nequam adesse intelligatur inter sponsos, sed duntaxat inter virum & uxorem, ex quo simul habitare cœperint, *l. 2. d. tit. 9.* ibi: *Tota cosa que el marido*



, y la muger ganaren o compra-  
ren estando de consuno, l. 5.  
eod. ibi: Durante el matrimo-  
nio, Gomez in l. 53. Taur.  
num. 72. Matienz. in d. l. 2.  
gloss. 1. n. 41. Casum excipe,  
quo alter ex conjugibus ita de-  
linqueret, ut bona ejus publi-  
carentur: tunc enim bonorum  
delinquentis publicatione ces-  
saret societas, matrimonio ma-  
nente, l. 10. eod. vel quo u-  
xor renunciaverit, de quo in-  
fra. Et quia individua vitæ con-  
suetudo inter conjuges non cen-  
setur in jure tolli per alteru-  
trius absentiam, vigebit socie-  
tas etiamsi maritus per annos  
plures procul abfuerit, utputa  
profectus in exteras gentes ne-  
gotiationis causa; & quæ ibi  
lucratus fuerit communia erunt.  
Nec obstant relata verba d. l. 2.  
estando de consuno, id est, es-  
tando en uno con su muger, ut  
in l. 205. stil. legitur: quia non  
ita strictè accipienda sunt ut  
continua & perpetua conjugum  
cohabitatio necessaria sit; sed  
satis superque erit, si in ea-  
dem unione in quam per matri-  
monium redacti fuerunt, perse-  
veraverint; uno verbo, si du-  
raverit matrimonium, d. l. 5.  
in verbis modo laudatis, Aze-  
ved. d. l. 2. n. 14. Matienz.  
in ead. l. 2. gloss. 1. n. 42.  
Garcia de conjug. acquæst. a  
num. 52. Si tamen divortio fa-  
cto conjuges separatim vixerint,  
conjugum qui causam præbuit, a-  
lium a se liberabit, non autem  
se ab alio, ut de callide re-  
nunciantibus diximus loquentes.

, de societate omnium bonorum  
supra in §. 4. tit. præced. Ma-  
tienz. per plures casus hunc ar-  
ticularum examinans ubi supr. a  
n. 45. Garcia ubi supr. numm. 59.  
& 163. Gomez in l. 53. Taur.  
num. 72.

3, Licet autem societas ista  
una cum matrimonio extingua-  
tur, ut modo dicebamus; cen-  
sent communiter Interpretes no-  
stri, tacite renovatam intelligi  
inter conjugem superstitem &  
heredes defuncti, quotiens res  
conjugum in eodem statu manse-  
rint, Garcia ubi supr. numm. 55.  
& 166. cum seqq. Azev. d. l. 2.  
num. 15. Cæterum verior est  
contraria opinio quam bene pro-  
bat Matienz. in d. l. 2. gloss. 1.  
a num. 13. Tum quia matrimo-  
nio soluto cessat ratio socie-  
tatis hujus sustinendæ: tum etiam  
quia cum ea nonnihil deviet a  
regulis aliarum societatum, stri-  
cti juris est, & non facile in-  
telligenda, nec amplianda. Cui  
adde, quod cum hæc societas  
non descendat a conventiono  
partium, ut societates reliquæ,  
sed a lege; periculosum est,  
taciti consensus prætextu conti-  
nuatam præsumere societatem,  
quam nullus consensus, sed lex  
introduxit. Quare, si conjux su-  
perstes & heredes defuncti re-  
bus vixerint indivisis, facilis  
crediderim novam societatem  
tacite contractam intelligi uni-  
versorum, quæ ex quæstu ve-  
niunt (cum societates conven-  
tionales etiam contrahi possint  
tacite re contractum manifestan-  
te, l. 4. pro soc.), quam con-

ti-

, sinuatam conjugalem, quæ spe-  
cialia habet. Vide Matienz. plu-  
res recensentem casus a n. 19.  
in quibus consensus vivendi in  
societate præsumi debeat, vel  
non.

4, Differt itaque societas hæc  
a reliquis societatibus causa ef-  
ficiente, quæ in ea non est  
conventio, sed lex. Objecto  
quoque ab illis diversa est, ut  
modo videbimus perscrutantes  
materiam hujus societatis. Ea  
non respicit bona, quæ con-  
jugum ante matrimonium erant,  
hæc enim non communicantur,  
sed ejus permanent conjugis,  
cujus antea fuerunt, l. 4. d. tit. 9.  
lib. 5. Recop. sed illa dunta-  
taxat quæ post matrimonium con-  
tractum conjugibus obveniunt.  
Sed nec omnia ista ad hanc  
pertinent societatem. Excipiun-  
tur etenim hereditates, dona-  
tionesque marito vel uxori fa-  
ctæ a parentibus, consangui-  
neis, aut amicis: item bona  
castrensia & officia regia, l. 3.  
d. l. 5. eod. nisi hæc bona &  
officia marito communibus ipsi  
cum uxore expensis militanti  
vel servienti obvenerint, quo  
casu & ipsa bona & officia com-  
munia erunt, d. l. 3. ibi: Ca-  
sã como la costa es comunal  
de ambos, lo que asã ganaron,  
sea comunal de ambos.

5, De donationibus autem  
remuneratoriis acris est dispu-  
tatio, an donatario soli quæ-  
rantur, vel an fiant commu-  
nes. Garcia de conjug. acquæst.  
num. 125. eas indivise in so-  
cietatem venire contendit. Ma-

tienz. e contrario illas soli do-  
natario tribuit, d. l. 3. gloss. 6.  
Uterque alios pro sua sententia  
laudat, & rationes non conte-  
mnendas adducit. Nobis tamen  
verior videtur opinio Joannis  
Gutierr. lib. 2. præst. quest. 119.  
ita distinguentis, ut si conjugi  
donatum sit in remunerationem  
servitorum operarumve, quæ  
ipse propriis expensis præstitit,  
ipsi soli donationes cedant: sin  
autem ob servitia communibus  
expensis præstita, in commu-  
nionem veniant. Quam senten-  
tiam probare ostendit d. l. 3.  
in verbis quæ modo laudavimus  
agentes de bonis castrensibus,  
in quibus hæc distinctio expres-  
se sancita est: & respondet a-  
cutis argumentis quibus Burg.  
de Paz opinionem Joann. Ma-  
tienz. firmare desudat. Sane si  
dubitetur in quorum servitio-  
rum remunerationem donatum  
sit, vel quibus expensis hæc  
præstita, ista Matienz. opinio  
tenenda erit, quæ perplexitates  
tollit, & legibus sat est con-  
sona, ut ipse probat. Molina  
in disput. 433. de just. & jur.  
aliam distinctionem facit desum-  
ptam ex diversa servitorum  
qualitate, & modo donandi,  
quæ licet speciem æquitatis ha-  
beat, nimium tamen est diffi-  
cultatibus obnoxia, ut agnoscit  
idem Molina dum ad boni vi-  
ri arbitrium recurrendum dicit  
pro his dignoscendis circum-  
stantiis.

6, Cæterum monendi sumus  
ad hanc pertinere societatem,  
communesque fieri fructus om-  
nes

innes & reditus quorumcunque bonorum ad alterum e conjugibus spectantium, insuper habito, quod bona unius longe ampliora sint, quam alterius, *d. l. 4. d. l. 5.* Ex quibus recte inferunt Gutierr. *lib. 2. pract. quæst. 119. num. 7.* Azeved. in *d. l. 5. num. 1.* Molina *de just. & jur. disp. 433. vers. Ut supra,* in societatem venire, & communia fieri stipendia & salaria, quæ maritus Medicus, Advocatus, Judex, seu quilibet alius Officialis regius, constante matrimonio acquisivit: tum quia impensis communibus acquiri solent: tum etiam quia fructus civiles sunt officiorum, cum horum occasione percipiuntur: fructus autem omnes, etiam rerum non communium communicantur, ut modo vidimus, *dd. ll. 4. & 5.* Nec obstat, quod ipsa stipendia, bona quasi castrensia consideranda sint: quia hæc quoque in societatem veniunt, nisi alia eximantur ratione, cum laudatæ leges castrensia tantum excipiunt, Gomez in *d. l. 53. Taur. n. 72.* Quare dum Garcia *de conjug. acq. num. 124.* hanc sententiam Joann. Gutierr. miratur, & inauditam dicit, inconsiderate loquitur. Adi Molinam *ubi supra* optime id explicantem.

7, Quia vero laudata *l. 5.* nedom de fructibus, sed etiam de rebus locuta est, ibi: *Los frutos y rentas*, unanimi concludunt assensu AA. nostri partus ancillæ, quæ mariti aut uxoris propria sit, communes

fieri, Matienz. in *d. l. 5. gloss. 5.* Azeved. in *l. 3. eod. num. 18.* Licet enim partus ancillæ non veniant nomine fructus; veniunt tamen reditus nomine, *l. 14. de usur.* imo si extra causam fructuarii & bonæ fidei possessoris sit sermo, partus ancillæ vicem fructuum obtinent, *l. 8. eod.* Hæc autem de fructibus doctrina locum habet etiam fructus nondum sint percepti, sed pendentes. Ut fructus vinearum & arborum communes sint, necesse est, ut appareant non ita in seminalibus. Quinimo etsi ager tantummodo perceptus & sationi paratus sit, impensæ in id factæ erunt communes. Habentur hæc omnia in *l. 10. tit. 4. lib. 3. For. Reg.* & praxi recepta dicunt Matienz. in *l. 4. d. tit. 9. lib. 5. Recop. gloss. 1. & Gom. in l. 53. Taur. num. 71.*

8, Quæ autem bona cum castrensia non sint, matrimonio constante conjugibus obveniunt, non quidem aliena liberalitate, sed quia ipsi ea emerint, aliove modo fuerint lucrati industriâ, operâ, vel quæstu alterutrius, plenissime ad hanc spectant societatem, suntque unicuique ejusdem scopus, *l. 2. eod.* Ne tamen hæc referas acquisitiones, seu augmenta, quæ licet durante conjugio contingant, a causa præterita seu bonis quæ ante matrimonium cujusdam conjugis erant, pendunt. Finge, maritum nudam prædii proprietatem ad matrimonium attulisse, non com-

mu-

municabitur uxori, sed marito soli acquireretur ususfructus prædii post matrimonium contractum cum proprietate consolidatus fructuarii morte. Finge iterum, mariti agro aliquid post matrimonium alluvione adjectum: vel ejusdem æstimationem intrinsecus, hoc est, solius temporis occasione, & nullâ præstitâ operâ, fuisse auctum: non erunt hæc augmenta communia, sed mariti solius. Horum ratio eadem: quia nempe quæ ex causa præterita contingunt, ad eam pertinent & referuntur, cum qua non diversa, sed eadem censentur res, *l. 4. de jur. dot. Matienz. in d. l. 2. gloss. 1. a num. 87.* Gomez in *d. l. 53. num. 78. & 2. var. cap. 15. n. 19.* D. Covarr. *de matrim. part. 2. cap. 7. num. 11.* Garcia *de conjug. acq. n. 93. & de expens. cap. 22. num. 10.* Gutierr. *d. lib. 2. pract. quæst. 116.* Molina *de just. & jur. disp. 433.* qui duo ultimi recte monent intelligi hanc de usufructu doctrinam, de ipso jure formaliter non de commoditate seu ipsis fructibus, qui ex *supra* traditis communes fient.

9, Cæterum si ususfructus ad proprietarium conjugem pervenerit non morte, seu cessatione fructuarii, sed titulo emptionis, aliove simili: vel augmenta provenerint ex operis conjugum, alteriusve eorum, post matrimonium præstitis, aliud erit dicendum: quia tunc non ex re ipsa unius conjugis propria, sed extrinsecus ve-

Tom. II.

niunt. Itaque his casibus & ususfructus & augmentorum seu meliorationum æstimatio communis erit, Covarr. & Molina *ubi sup.* Garcia *de conjug. acq. num. 73. & ubi sup.* qui merito excipiunt casum quo meliorationes in rebus majoratus sint factæ, quæ omnes ita majoratui cedunt, ut nemini earum ratione jus ullum quæratur, ut docuimus in *Append. de majorat. regula X. sup. pag. 102.* Similiter communis erit æstimatio rei, quam unus e conjugibus jure sanguinis retraxerit, non vero res ipsa, quæ soli retrahenti acquireretur, cum in eo solo juris requisita concurrant, iidem Gutierr. & Molina *ubi sup.* Gomez in *l. 70. Taur. num. 28.* Si autem res aliqua fuerit emptæ pecuniâ, quæ unius duntaxat conjugis propria erat, ipsa res communis fiet: is vero cujus erat pecunia, hanc ex acervo communi deducet, & præcipuam habebit divisionis tempore. Non idem continget in re, quam conjux cum sua permutavit, vel ex pretio rei suæ, quam vendiderat, comparavit: quia res ita permutatione, seu emptione conjugis quæsita, erit ejus solius; cum per subrogationem eadem censeatur cum ea quæ ipsius erat, ut habetur in *l. 11. tit. 4. lib. 3. For. Reg.* Molina *d. disp. 433.* Gutierr. *lib. 2. pract. quæst. 117.* Matienz. in *d. l. 2. gloss. 2.*

10, Illud autem diligenter observandum est, omnia conjugum bona censi communia

Tt

qua-

, quasi constante matrimonio quaerita, nisi probetur contrarium, ut expresse statutum *l. 1. d. tit. 9. lib. 5. Recop.* Unde recte consulit Gomez in *d. l. 53. num. 70.* & passim DD. ut tempore contracti matrimonii scriptura conficiatur publica de singulis bonis, quae contrahentes ad matrimonium attulerint.

11, Res quae in hanc societatem veniunt, ita conjugum communes sunt, ut partes habeant aequales, *l. 1. l. 2. d. tit. 9. lib. 5. Recop.* Fitque ipso jure haec communio & quoad dominium & quoad possessionem, ut bene & late probat Matienz. in *d. l. 2. gloss. 5.* Hanc autem possessionem & dominium pro parte dimidia uxori competens, dicunt esse in habitu & non in actu, D. Covarr. 3. *var. cap. 19. num. 2.* & Azeved. in *d. l. 2. num. 17.* quandoquidem maritus solus in actu dominus censendus propter auctoritatem administrationis & alienandi potestatem, quam habet, de quo nos *infra.* Caeterum matrimonio soluto, quia haec ratio cessat, ait idem Covarr. hanc communionem ipso jure exire in actum.

12, Quamvis, ut diximus, dimidia lucrorum pars uxori quaeratur, & quidem ipso jure quoad dominium & possessionem; liberum tamen marito est omnia ea lucra constante matrimonio alienare, nullo uxoris consensu desiderato: & alienatio ita facta valebit, nisi probatum fuerit animo defraudandi, vel laedendi uxorem fuisse fa-

ctam, *d. l. 5. tit. 9. lib. 5. Recop.* Ex eo autem quod lex ista, ad denegandam alienationi vim, animum defraudandi uxorem in marito requirat, ibi: *Por defraudar o damnificar a la mujer,* recte Interpretes communiter inferunt, validas futuras alienationes, quas maritus luendo, aut alias vitiose vivendo fecerit, secluso animo defraudandi uxorem, Gomez *d. l. 53. num. 73.* Guttierr. *d. lib. 2. pract. quæst. 121. n. 6.* Garcia *de conjug. acq. num. 66.* qui laudantes Roder. Suar. inquit hanc sententiam merito praxi receptam esse, ne lites oriantur. Contrarium tamen cum Montalvo tenet Ayora *de partit. cap. 8. num. 10.* cujus argumentis respondet Garcia *ubi sup.* & ex iis, quae diximus, solvuntur facile.

13, An autem sub generali potestate alienandi bona constante matrimonio quaesita, marito concessa, contineatur facultas donandi, DD. disputant. Anton. Gomez in *d. l. 53. n. 73.* contineri probat plurimis argumentis; quam sententiam de jure veriore appellat Ayora *de partit. part. 2. quæst. 41.* Matienz. vero late fundat contrariam in *d. l. 5. gloss. 6.* quae verior videtur Joanni Guttierr. *d. quæst. 121.* Caeterum si recte res perpendatur, facili negotio haec pugna sedari potest, temperando utramque sententiam, & mediam statuendo, ut id fecit Molina *lib. 2. de primog. Hispan. cap. 10. num. 66.* cum

, seq.

, seq. quem secutus est Guttierr. *ubi sup.* ut nempe permittatur marito moderate, atque ex justa causa donare, veluti filio, communi propter nuptias, aut filiae dotem, quod & expresse decisum est *l. 8. d. tit. 9.* vel consanguineis, amicis & familiaribus modica atque consueta largiri; & similia facere, ex quibus fraus vel dissipatio praesumi non possit: non vero facere donationes amplas, atque sine legitima causa, quae in patrimonio dissipationem fiunt. Quam mediam sententiam dicit ipse Molina esse verum & proprium *d. l. 5.* intellectum. Et sane ammicabili foedere ista sententia conjunxisset Antonium Gomez & Joannem Matienz. eorumque asseclas, si ipsis recte fuisset proposita, tanquam menti eorum minime inimica. Gomez etenim dum pro potestate donandi pugnat, excipit casus, in quibus ex solo titulo vel contractu praesumitur dolus in alienante, ut si esset donatio omnium bonorum; vel ex alia causa seu respectu. Similiter Matienz. dum eam denegat, sententiam suam ita limitat *a n. 14.* ut non procedat in donationibus, quas Molina permittendas censuit. Quare non immerito dixit Azeved. in *d. l. 5. a n. 8.* praedictas sententias non esse reapse contrarias, sed concordas. Ayora *ubi sup.* aliam mediam sententiam tuetur, subtilem quidem, sed minus solidam. Tenenda igitur est sententia Molinae, quam receptissimam

Hispanis Scriptoribus appellat Garcia *de conjug. acq. num. 65.* 14, Haec potestas alienandi marito concessa ultra alienationes inter vivos protrahenda non est, ut monet Azeved. in *d. l. 5. n. 15.* cum seq. ostendens id probare verba *d. l. 5. Que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio,* & paulo post: *I que el contrato de enagenamiento vala.* Quare permittendum marito non est, ut testamento suo de dimidia lucrorum parte ad uxorem spectante disponat: tum quia duntaxat alienationes per contractus factae eidem permittuntur: tum etiam quia testamenta post mortem testantium effectum sortiuntur: mortuo autem marito matrimonium solvitur, quo soluto dominium lucrorum in uxore in actum transit, & irrevocabile fit; consequiturque ipsa liberam de parte sua disponendi facultatem, adeo ut de his lucris eadem libertate, ac de caeteris bonis suis disponere queat, quin partem eorum aliquam reservare cogatur nec quoad proprietatem, nec quoad usumfructum filiis prioris matrimonii, si forte secundum contraxerit, ut expressum habemus in *l. 6. d. tit. 9.* Quibus consequens est decisio *l. 7. eod. ne scilicet locum habeat in hac parte dimidia, quae uxoris est propria, legatum eidem a marito relictum: sed salva manente hac parte ipsi uxori, valeat legatum in illis bonis (mariti intellige) in quibus valere possit.*

T 2

, Sic-

15 , Sicut causâ hujus societatis legalis bona constante matrimonio quæsitâ , communia sunt conjugum , ita & converso communia erunt debita , onera & damna , quæ tunc temporis conjuges contraxerint , ipsive obvenerint ; cum secundum naturam sit , ut incommoda cujusque rei eum sequantur , quem sequantur commoda , & vice versa , *reg. 29. tit. fin. P. 7. l. 10. de div. reg. jur.* Tenebitur itaque uxor , quæ particeps est vel vult esse lucrorum , debita a marito contracta solvere. Dixi , quæ particeps est vel vult esse lucrorum ; nam si his renunciaverit , damni erit immunis , quin ullam debitorum partem teneatur solvere , ut expressè statutum est *l. 9. d. tit. 9. lib. 5. Recop.*

16 , Hæc autem renunciatio , quæ uxori permittitur , fieri poterit vel ante matrimonium , vel postquam jam sit solutum , vel eo constante , cum generaliter lex loquatur ; imo & utatur his verbis : *Marido , muger* , quæ proprie matrimonio jam contracto dicuntur , ut consideravit Azeved. in *d. l. 9. num. 8.* & cum communi tenent DD: Covarr. *de matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 14.* Gomez in *l. 60. Taur.* quæ eadem est cum *d. l. 9. Matienz. in ead. l. 9. gloss. sa 1. Gutierr. d. lib. 2. pract. quæst. 126.* Nec dicas cum Gregor. Lop. in *l. 5. tit. 11. P. 4.* & Molina *de just. & jur. disp. 435.* obstare renunciatio- ni constante matrimonio factæ ,

quod donationes inter virum & uxorem sicut prohibet : quia hæc prohibitio non respicit donationes eas , quibus donans pauperior non fit , etsi donatarius , qualis hic maritus , ditior fiat , *l. 5. tit. 11. P. 4. l. 5. §. 13. de don. int. vir. & uxor.* Nec dominium dimidiæ lucrorum partis est in uxore , matrimonio constante , irrevocabile , sed revocabile ; cui proinde renunciare , potius est non acquirere , quam donare , ut probat Gomez *ubi supra.* Post acceptationem vero , aut renunciationem , non licebit uxori poenitere , ut docet Matienz. in *d. gloss. 1. num. 9.* Sed si decesserit antequam suam proderet voluntatem , jus acceptandi aut renunciandi ad heredes transmittet , Gomez in *l. 53. Taur. n. 79. Matienz. d. gloss. 1. n. 8. Gutierr. d. quæst. 126. num. 4.* At si moruo marito luxuriose vixerit , amittet lucra etiam si jam percepta habuerit : hæcque ad heredes mariti devolventur , *l. 5. d. tit. 9. lib. 5. Recopil. in fin. Matienz. in d. l. 5. gloss. 8.* quem videas.

17 , Et quoniam onus constituendi dotem communi filia , & propter nuptias donandi filio , constante matrimonio contrahitur ; imo ex ipso matrimonio nascitur , ad uxorem quæque , filiorum scilicet matrem , quæ lucris non renunciavit , pertinebit ; & ex ipsis bonis , constante matrimonio quæsitis , hæc dotes , donationesve solvendæ ; cum lucra , nec bona intel-

telligantur , nisi quæ deducto ære alieno supersunt , *§. 2. Inst. de societ. in fin. l. 39. §. 1. de verbor. sign.* Hocque obtinebit nedum quando duo conjuges ita donare promiserint ; verum etiam si maritus solus. Si vero laudata lucra ad promissionem adimplendam non sufficerent , uterque conjux ex propriis bonis pro parte dimidia solvet quod reliquum fuerit , si sponderint ambo : sin autem solus maritus promiserit , ejus duntaxat bona supplemento erunt obnoxia. Habemus hæc omnia in *l. 8. d. tit. 9. lib. 5. Recop.* Cujus legis sententiam extendunt Interpretes ad casus , in quibus mortuo uno conjuge , superstes prædictas donationes promiserit , ut tunc etiam ex communibus lucris , quatenus hæc suppetant , solvantur. Et quidem merito , cum semper donationes istæ onera societatis sint , quæ minuunt lucra , Azeved. in *d. l. 8. num. 18.* cum *seq. Matienz. in l. 3. eod. gloss. sa 7. a num. 7. D. Covarr. lib. 3. var. cap. 19. num. 3.* qui hanc extensionem receptam ait in practico. Contrarium tamen tenuit Gomez in *d. l. 53. Taur. n. 24.* duabus motus rationibus , quæ ex iis quæ diximus , facile dissolvuntur.

18 , Igitur hæc legalis societas , objecto suo minus ampla est , quam societas totorum bonorum , & quam ea omnium lucrorum a nobis descripta ex *l. 12. tit. 10. P. 5. in pr. de so-*

ciet. cum nec bona ante societatem habita respiciat , nec hereditates , quæ postea obvenerint. Itaque verbum : *lucra* ( *ganancias* nos dicimus ) non ita large sumitur in legibus de hac societate legali loquentibus , ac in laudata *l. 12.* Largius autem quam in societate universorum quæ veniunt ex quæstu a nobis quoque exposita in *d. pr.* quæ doquidem hæc non extenditur ad fructus bonorum , quæ sociorum sunt propria , sed lucra duntaxat quæstuarium continet , quæ ex quæstu strictissime sumpto , id est , opera cujusque , ne , locatione , artificio , *l. 7. cum seq. pro soc.*

19 , Illa quoque ad hanc societatem quadantenus spectant quæ statuta sunt in *ll. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. tit. 3. lib. 5. Recop.* quæ eadem sunt cum *54. 55. 56. 57. 58. & 59. Taur.* primum scilicet : Uxorem sine licentia mariti non posse constante matrimonio hereditatem sibi delatari , tam sive ex testamento , sive ab intestato repudiare ; nec eam adire , nisi sub beneficio inventarii , *d. l. 1.* Secundum : Neque posse ullum contractum celebrare , vel ab antea celebrato resilire ; uti nec quasi contractu here , nec in judicio stare sive agendo , sive sese defendendo , adeo ut nullum sit quicquid per se , vel per procuratorem egerit , *d. l. 2.* Tertium : Posse maritum generaliter permittere uxori ut contrahat , & ea omnia præster , quæ sine ejus

, ejus licentia agere nequit ; sic , que peracta valeant , *d. l. 3.* Quartum : Valida quoque esse , ea , quæ uxor fecerit sine licentia mariti , si iste ea habuerit , rata , sive ratihabitio generalis fuerit , sive specialis , *d. l. 5.* Quamvis enim neque hereditates , neque forte alia de quibus , in *dd. ll. societati quæruntur* ; interest tamen societatis , cujus , maritus administrator est , ea , utiliter geri , quandoquidem eo-

, rum fructus in communionem , veniunt. Si maritus injuriâ licentiam uxori dare detrectaverit , Judex causa cognita eum , compellet , & si neque compulsus dederit , Judex ipse dabit , *d. l. 4.* Idemque servandum , si maritus fuerit absens , nec venturus illico ; aut mora , periculosa sit : actusque ita , gesti firmi validique erunt , perinde ac si maritus eos probasset , *d. l. 6.*

## TITULUS VIGESIMUSSEPTIMUS.

### DE MANDATO.

*Dig. Lib. 17. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 35. (1).*

2 **S**uperest contractuum , qui consensu obligationem pariunt , species quarta & postrema , mandatum videlicet. Mandatum (quod a manu , quæ fidei symbolum est , dictum putatur) est : *Contractus , quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur.* Ajo , *gerendum* , quoniam mandare non est quovis modo committere , sed committere aliquid gerendum : quo admonemur , commendare aliquem non esse mandare ; eumque , qui simpliciter amicum commendat , non obligari , etiamsi quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit ; *fac. l. 12. §. 12. hoc tit.* Unde vulgo dici-

tur , verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati , *l. 11. §. 2. de legat. 3.* An & quatenus quis obligetur ex litteris creditiæ vel commendatitiis , in favorem alterius scriptis , si earum contemplatione quid creditum sit , vid. Gomez 2. *variar. resol. 13. num. 5.* Gloss. & DD. in *l. 12. §. 12. hoc tit. l. 7. C. eod.* Ajo , *committitur & suscipitur* : nam mandatum uno rogante , altero recipiente perficitur. Etsi enim mandatum verbi proprietate tantum designet factum mandantis ; tamen pro toto contractu passim accipitur & facto utriusque ; veluti cum dicimus mandatum contrahi , manda-

(1) *L. 20. & quinque seqq. tit. 12. P. 5. tit. 5. P. 3. & tit. 24. lib. 2. Recop.*

datum gratuitum esse oportere , obligationes , actiones mandati &c. quod & in aliis appellationibus observatur , ut in stipulatione , acceptilatione , fidejussione. Cur dixerim *gratuito* , exponam *inf. sub §. ult.*

2 Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio , & qui suscepit , susceptum consummare , & vicissim qui mandavit , eum indemnem præstare debet ; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa ; mandatario contraria , *pass. D. & C. hoc tit. (1).* Cum autem mandati obligatio consensu consistat , consequens est , posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi : nec referre , quibus verbis interponatur , *rogo* , an *volo* , an *mando* , an quo alio , ex quo mandatum intelligatur , *l. 1. pr. §. 1. & 2. eod. (2).* Quia interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur , veluti si patiar aliquem pro me fidejubere , aut ab alio mandari , ut mihi credatur , *l. 6. §. 2. l. 18. eod. (3).*

#### TEXTUS.

##### Divisio a fine.

*Mandatum contrahitur quinque modis (4) , sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet , sive sua & tua , sive aliena tantum , sive sua & aliena , sive tua & aliena. At si tua tantum gra-*

- (1) *L. 20. d. tit. 12. P. 5.*  
 (2) *L. 24. eod.*  
 (3) *L. 12. eod.*

*tia tibi mandatum sit , super vacuum est mandatum ; & ob id nulla ex eo obligatio , nec mandati inter vos actio nascitur.*

#### COMMENTARIUS.

1 **M**andatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum , aliud tacitum , *l. 6. §. 2. l. 18. hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale , quod universa alicujus negotia continet , & speciale , quod quædam , aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex , & cum libera : de quo nonnihil diximus sub §. 42. *sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum , prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt , distingui potest (5). Hic alia proponitur divisio sumpta a fine , eaque quinquepartita , quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia , vel mandantis & mandatarii , vel aliena tantum , vel mandantis & aliena , vel mandatarii & aliena : quæ eadem extat apud Cajum *l. 2. hoc tit.* unde etiam sequentes §§. descripti sunt , in quibus singulæ istæ formæ exemplis illustrentur. Poterat *hic* addi & sexta species , quando trium personarum gratia mandatum intervenit , mandantis , mandatarii , & aliena , cujus exempla in *l. 8. §. 3. & 4. eod.*

2 *At si tua tantum gratia* ] Quod mandatum solius mandatarii

- (4) *D. l. 20.*  
 (5) *L. 7. tit. 14. P. 5.*

rarii gratia interponitur, formâ tantum externâ mandatum est, veram consilium potius, quam mandatum; & ideo vim obligandi non habet. Vid. *infr.* §. 6.

## TEXTUS.

## Si mandantis gratia mandetur.

I. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes (1).*

## COMMENTARIUS.

I. **E**xempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit, hic traduntur ex Cajo *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* quæ plana sunt.

## TEXTUS.

## Si mandantis &amp; mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur (2); aut si volente te agere cum eo, ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.*

(1) *D. l. 20. vers. La primera.*

(2) *L. 22. d. tit. 12. P. 5.*

## COMMENTARIUS.

I. **S**ecundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hic proferuntur, Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajo in *l. 2. §. 4. hoc tit. (3)*. Et sufficit pro hujus text. illustratione.

## TEXTUS.

## Si aliena.

3. *Aliena tantum causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes.*

## COMMENTARIUS.

I. **A**fferuntur hic ex Cajo *l. 2. §. 2. hoc tit.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantum gratia interpositi: quæ species difficultate non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei cujus intersit, §. 18. *sup. de inutil. stip.* quod & nominatim in causa mandati can-

(3) *D. l. 22.*

tom, *l. 8. §. 6. hoc tit.* ubi Ulpian, sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cum cepit interesse ejus, qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat consideretur: quo sensu a libi dicitur, nihil interesse mea, Titio dari, *d. §. 18.* Et omninoarendum est, eum qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius intersit.

2 Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit, quandocunque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset, Titio credi: si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus (neque enim necesse est, te explorare, utrum mea intersit, necne) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide o-

Tom. II.

(1) *L. 21. d. tit. 12. P. 5. vers. La tercera.*

omnia gessisti, *l. 6. §. 4. hoc tit.* 3, IN HISPANIA, famosa, *l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.*, quam in §. 1. *de verby. oblig.*, & sæpe in *tit. de inst. stipul.*, laudavimus, etiam in argumentum hujus textus vires suas exerit, contra juris Romani placita, legem scilicet *d. §. 6. mand. dat.* quæ modo adducta est; cum enim *d. l. 2.* nihil præter animum ad inducendam obligationem desideret, nos cogit asserere, statim post mandatum, aliena tantum gratia contractam, mandatori competere mandati actionem adversus mandatum, non spectato ut ejus intersit.

## TEXTUS.

## Si mandantis &amp; aliena.

4. *Sua & aliena, veluti si de communi suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emereres, vel ut pro eo & Titio sponderes (1).*

I. **E**xempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

## TEXTUS.

## Si mandatarii &amp; aliena.

5. *Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena*

Vv

tan-

*tantum gratia intercedit mandatum* (1).

## COMMENTARIUS.

I Exemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod & ipsum apud Cajum est *d. l. 2. §. 5. hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: Titii, propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eandem dubitationem, quam habet tertia superius proposita §. 3. ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

## TEXTUS.

## Si mandatarii.

6. *Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloques, quam fœneres; vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloques. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium* (2). Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeret,

vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœneres. Sed obtinuit Sabinus sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

## COMMENTARIUS.

I Quod mandatum solius mandatarii gratia fit, magis consilium, quam mandatum est. Differt enim mandatum a consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat, consilium non est. Qui mandat, vult & urget, ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrysostom. *de virgin.* Qui enim consilium dat permittit audientis judicio deliberationem super his de quibus consilium datum est. Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne, consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l. 2. pr. & §. ult. hoc*

*hoc tit.* Plane potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum *l. 32. pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hereditatem adirem, cavique insuper damnum præstari, cum aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt. Hucque etiam pertinet doctrina Ulp. in *l. 6. §. 5. eod.*

2 *Qui nemo ex consilio mandati obligatur*]. Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est: cum liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, necne sibi, consilium sequi, *d. l. 2. §. ult. (1)*. Cæterum hoc ita, si a consilio absit dolus: nam si dolus seu caliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilii 47. de div. reg. jur. (2)*. Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum, fidem tamen præstare debet; & si fraudem adhibuerit, minime excusandus est. Bene Cicero *lib. 16. ad Atticum, epist. 8. Qui consilium dat, inquit, fidem præstare tenetur; sed fidem tantum.* Nam, ut idem alibi: *Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur, & qui consulit præter fidem nihil præstat.* Cui simile est illud

Ulpiani: *Consilii non fraudulentum nulla est obligatio, l. 47. de div. reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib. 52.* Agrippa monet Augustum, ne iis, a quibus consilium petiisset, crimini duceret, si forte res secius, quam illi existimassent, caderet, his fere verbis: *Qui vero aberrant, eos nequaquam ignominia afficiet, aut culpabis, cum mens eorum sententiaque spectanda, non aberratio reprehendenda sit.*

2 *Otiosam pecuniam*] Otiosa pecunia a prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l. 7. l. 13. §. 1. de usur.* quæ in arca jacet, nulumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia fœnebris seu fructifera, quæ usuras parit.

3 *Ut pecuniam Titio fœneres*] Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, puta verbi causa, ut pecuniam fœneret simpliciter; aliud cum designatione certæ personæ, veluti ut pecuniam credit aut fœneret Titio. Prius meri consilii est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam cui pecuniam credat: & ob id, si minus idoneo crediderit, de se queri si-bique hoc imputare debet: consiliarius autem, si fraus non intercessit, excusandus. Posterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Itaque si, cum Titius verbi gratia

(1) *L. 22. eod. vers. La quinta.*(2) *L. 23. eod.*(1) *D. l. 23. tit. 12. P. 5.*(2) *D. l. 23.*

tia pecuniam mutuam a me peteret, aut pro alio petente fidem suam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere, aut fidejussorem, quod suspectæ mihi essent facultates ejus, tu consulisti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum esse affirmans; hoc consilium tuum instar mandati est, atque ex eo, si quid secus mihi evenerit, teneri te est æquissimum, propterea quod tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suasore & impulsore feci, quod alias nunquam fecissem: quamvis ut facerem tua non interfuit. Ait autem Justinianus, quæsitum esse: *An mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio feneratores, abutens verbo mandandi pro consulendi, ut contextus ipse evincit, & probat §. præc.* Plane qui simpliciter affirmavit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *l. 2. de prowenet.*

## TEXTUS.

## De mandato contra bonos mores.

7. *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi, licet enim pœnan istius facti nomine præsti-*

(1) *L. 25. d. tit. 12. P. 5.*(2) *D. l. 25. tit. 12. P. 5.*

*teris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem (1).*

## COMMENTARIUS.

I **M**ateria seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ; turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6. §. 3. hoc tit. l. 57. pro soc. l. 26. cum seq. l. 123. de verb. obl. adeo ut etsi nihil flagitiosi mandetur, si tamen alias quod mandatur inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolescens luxuriosus mandet tibi ut pro meretrice fidejubeas, & tu scies mandatum susceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: quia simile est, ac si perdituro credideris & adversus bonam fidem, *l. 12. §. 11. eod. l. 8. pro empt. (2).**

## TEXTUS.

## De executione mandati.

8. *Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes; neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejuberem, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit, etiam-*

*vers. Otrosi.*

*etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ Auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

## COMMENTARIUS.

I **M**andatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egredietur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. 41. hoc tit.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeris: si tu Titianam emeris quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris impleisse mandatum, *l. 5. §. 2. eod.* Item, si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstat mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandato meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l. 5. §. 3.* Similiter, si tibi mandavero, ut

pro me in diem fidejubes, tuque pure fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. 22. eod. (1).* Idque est, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l. 5. in pr.* Plane in finibus mandati constituisse videtur qui fecit æquipollens, veluti si rogatus fidejuberem pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *l. ult. §. ult. eod.*

2 *Adeo quidem ut Sabino & Cassio &c.* Posito & generaliter recepto hoc jure, eum qui aliud facit, quam quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur; ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autem dubitatio fere in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio sponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat.

3 Sed Nervæ & Proculo contra

(1) *Arg. l. 16. d. tit. 12. P. 5.*



tra visum est, in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium recte agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatamque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisse; cum utique majori summæ semper insit & minor, l. 1. §. 4. de verb. oblig. Itaque censuerunt, in hypothese proposita centum juxta mandatam impensa, atque hactenus actionem mandatario recte dari: quod amplius est, quia est extra mandatam, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia merito recepta est, d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. 33. hoc tit. Nam sane nihil iniqui habet, ut ego teneam fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui reliquo remisso mihi gratificatur.

## TEXTUS.

## De revocatione mandati.

9. Recte quoque mandatam contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

## COMMENTARIUS.

I Mandatum itidem, ut societas, non tantum solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinenti-

bus modis, de quibus tit. ult. hujus lib. sed etiam propriis quibusdam & remotis a communi lege dissolvendarum obligationum: quos modos ideo Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut tit. preced. perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatam solvitur; duo, quibus ex persona mandantis, revocatio & mors mandatoris: totidemque quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius & renuntiatio.

2 Si, dum adhuc res integra, revocatum] Si re adhuc integra consensu mutuo a mandato recedatur, solvitur mandatam jure communi, §. ult. inf. quib. mod. toll. obl. at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatam, l. 12. §. pen. l. 15. hoc tit. videtur esse præter regulam traditam in l. 5. C. de obl. & act. neminem scilicet ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur placet, mandatam hoc modo solvi? Nimirum quia is qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cuius nihil interest, si re adhuc integrâ revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam

## COMMENTARIUS.

sam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatam, ut quod post a mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto aut gesto antequam sciret, mandatore revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur quod ei propter mandatam abest, ne damno afficiatur, per l. 15. l. 26. pr. hoc tit. Illud etiam notandum est, revocationem mandatam non tantum expresse fieri, sed interdum etiam tacite factam intelligi, ut in specie l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.

## TEXTUS.

## De morte.

10. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatam suscepit, solvitur mandatam. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatam, posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

I Etiam morte tam mandantis, quam mandatarii, mandatam extinguitur, l. 26. & l. seq. §. 3. & passim hoc tit. Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, quæ placet heredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum naturâ mandati tacite continetur, ne mandatam personam egrediat aut mandantis aut mandatarii: non mandantis; quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico præstari & cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatam voluisse putandum est: non mandatarii; quia industriæ & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissæ fuit: quæ ratio expressa est in cap. ult. §. 1. de offic. jud. deleg. significatur in l. 57. hoc tit. explicatur in l. 9. de curat. fur. Cicer. pro Rosc. Comæd. cap. 39. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli. Itaque cum præstatio officii in mandato & ratione ejus cui præstatur, & ejus qui præstat, tota personalis sit, mirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum expirare, l. 8. §. 3. de lib. legat.

2 Cur vero in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenierit? Non sane quod postquam res integra esse desiit, seu interesse cœpit, morte alterutrius interveniente mandatam non solvatur, & adhuc libere perfici possit quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio

ctio ante mortem nata, post mortem perseverat.

3 *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*] Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest; tamen utilitatis causa, seu ex bono & æquo placeat, impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, l. 26. l. 58. *hoc tit.* quippe in hoc iudicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus l. 29. §. 4. *eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, arg. ejus, quod de heredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit l. 57. *eod.* nam & alias cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, ll. 7. & 8. *de jur. & fact. ign.*

4 *Huic simile est*] Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili, nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet, l. 51. *de solut.* quamvis stricti ratione juris non liberentur, cum alii solverint, quam cui oportebat. Quod ut intelligamus, tria hæc scire

oportet. I. dispensatorem dicti servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum. II. qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant. III. qui servum dispensatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Est vero liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantibus mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditorum solverunt, l. 12. §. 2. l. 34. §. 3. *de solut.*

### TEXTUS.

#### De renunciatione.

II. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est. susceptum autem consummandum est, aut quam primum renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori reseruetur, eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: ni justa causa intercesserit aut non renunciandi, aut intempestive renunciandi.*

### COMMENTARIUS.

I **P**roponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renunciatio. Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum,

aut in tempore renunciet, l. 22. §. ult. l. 27. §. 2. *hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur l. 5. *C. de oblig. & act.*

2 *Susceptum consummandum, aut quam primum renunciandum*] d. l. 22. §. ult. d. l. 27. §. 2. Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cum primum potuerit, renunciet. Renunciatio aut tempestive fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conservetur eandem rem æque commode explicandi; aut intempestive, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se, neque per alium idem negotium expedire potest. Renunciatio tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva vero mandatarium non liberat; sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet quod mandatoris interest impletum esse, *dd. ll. & hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, l. 13. §. 1. *de re judic. §. ult. supr. de verb. oblig.*

3 Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptorum administratione mandatarius præstare debeat. Dixeris, præter præstationem doli & culpæ latæ nihil a mandatario exigendum secundum definitionem l. 5. §. 2. *commod.* esse

Tom. II.

enim similem depositario, seu ei qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, l. 8. §. ult. *hoc tit. l. 23. de div. reg. jur.* Certum autem est, verbo culpæ absolute posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in iudicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in l. 13. *C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet id quod traditur in l. 21. *C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quæquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse.

4 Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria,

Xx

stria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quam quod offerendo se, de diligentia sua promittere videatur, l. 1. §. 35. *depos.*

5, IN HISPANIA nullam invenimus legem, qua statuatur, mandatum ad negotia extinguï, morte, revocatione, aut renunciatione. Et quia in l. 20. tit. 12. P. 5. vers. Ca, simpliciter dicitur mandatarium teneri susceptum mandatum implere, quin ulla fiat renunciationis mentio, existimat Gregorius Lopez in gloss. 3. ejusd. leg. liberum non esse mandatario pro suo libito, & sine justa causa renunciare mandato, adhuc re integra. Quoad mortem verò & revocationem, cum nulla apud nos appareat correctio Romanarum legum, eæque solidis nitantur rationibus, earum sententias Interpretes nostri unanimi sequuntur consensu.

6, De mandatariis seu procuratoribus ad lites statutum est l. 23. tit. 5. P. 3. ut morte, sive mandantis, sive mandatarii ante litem contestatam contingente, extinguatur mandatum: non ita si mors post litem contestationem contigerit. Nam hoc casu & post mortem mandantis conceditur mandatarario mandatum exequi, ac si mandans adhuc viveret, quin opus habeat heredem mandato mu-

niri: & mortuo mandatario, ipsius heredes ceptum iudicium usque ad finem perducere quibunt, utique si idonei fuerint. Habemus quidem hæc omnia in d. l. 23. Cæterum Gregorius Lopez in ejusd. l. gloss. 6. ait, nunquam se vidisse, quod heres mandatarii prosequatur litem: quod & nos dicimus.

7, Similiter constitutum est in fin. d. l. 23. posse mandantem revocare mandatum, & huic renunciare mandatarium, quod latius exponitur in l. seq. 24. ut nempe omnino mandanti libera revocatio mandati acceptum iudicium: uti etiam postea, nisi hoc casu contraxerint vel adversarius, vel mandatarius infamatum se dicens, quasi ob suspicionem remotum: tunc enim necesse erit, ut revocationis verbis suspicio tollatur. Hæc autem adversarii, seu mandatarii contradictio potens est revocationem impedire, quod est sine justa causa intentatur; non alias.

8, In renunciatione vero mandatarii indistincte laudatæ legem justam causam exigunt, d. l. 23. in fin. ibi: *O si el mismo por su grado deja la personeria, por algun embargo derecho, d. l. 24. etiam in fin. ibi: Si quisiere dejar la personeria por razon de enfermedad, o de otro embargo.* Nec alibi probari legimus renunciationem sine causa, cum tamen in revocatione tradatur distinctio, cujus nuper meminimus inter eas, quæ ante & post iudicium fiunt.

Quoad

9, Quoad præstationes autem culparum attinet, quibus mandatarius adstringitur, quamvis l. 26. tit. 5. P. 3. & 20. d. tit. 12. P. 5. simpliciter mandatarium doli & culpæ periculo subjiciant; & nomine culpæ absolute posito levis culpa intelligatur, ut sæpe monuimus; tamen Gregorius Lopez in gloss. 1. d. l. 26. & in gloss. 5. d. l. 20. etiam culpam levissimam his legibus significari contendit, eamque a mandatario præstandam: quam interpretationem probare potuisset ex l. 21. d. tit. 12. ibi: *Debeser trabajar de cumplirlo quanto pudiere bien, e lealmente;* verba enim: *Quanto pudiere,* exactissimam denotant diligentiam.

#### TEXTUS.

#### De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri & sub conditione fieri potest (1).*

*Textus iste planus est.*

#### TEXTUS.

#### De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus ca-*

(1) L. 24. tit. 12. P. 5.

*sibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

#### COMMENTARIUS.

1 **M**andatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitia contraria est merces, l. 1. §. ult. l. 36. §. 1. hoc tit. alioqui videretur mandatarius beneficium cauponari. Enimvero gratiam referre amicitia bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenerit, l. 6. pr. eod. ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, l. 1. in fin. §. mens. fals. mod. l. 1. §. 10. de extraord. cogn. & alibi. & a mercede hoc differt, quod merces fere analogæ sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi operæ proportionem respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio.

2 Etsi vero honorarii sive salarii constitutio mandatum non

Xx 2

vi-

vitiat, nec impedit, quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati iudicio peti potuissent, si salarium non intervenisset, *d. l. 6. in pr. de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, l. 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod.*

3 Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cum Advocatus aut Procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe atque adversus bonos mores sit, *l. 7. hoc tit. l. 20. C. eod. l. 53. de pact. l. 1. §. 12. de extr. cogn. (1).*

4 IN TRIBUNALIBUS superioribus, aliisque Hispaniæ notoræ, certus numerus Procuratorum ad lites constitutus est, quibus litigatores causas suas

, mandare coguntur. Horum autem Procuratorum salaria taxata sunt; uti etiam stipendia Advocatis & Tabellionibus debita: quæ taxationes Aranceles, apud nos appellantur: eaque salaria & stipendia actione ordinata peti possunt, cum distinctio inter actiones ordinarias & extraordinarias persecutiones sit nobis incognita. Ceterum meminisse oportet, statutam esse *l. 32. tit. 16. lib. 2. Recop.* Advocatos, Procuratores, eosque qui negotiis instant (*Solicitadores*), duntaxat salaria trium postremorum annorum posse petere, etsi per annos plures aliena negotia curaverint: nisi super reliquis fuisset contestata antequam eluxerit triennium, ex quo fuerint debita, numerandum: cuius triennii præscriptioni renunciare prohibet *eod. l. 32.*

rator ad eas quæ nascuntur quasi ex contractu: quippe quibus in quadripartita illa distributione proposita §. ult. sup. de oblig. secundum locum tribuit. Ait, quasi ex contractu. Particula quasi & similitudinis nota est, & improprietas; quamobrem recte dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietas noto, cum dico citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventionem, *l. 1. §. 3. de pact.* Similitudinem, cum dico ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus *l. 5. de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. Sunt qui etiam ex conventionem hic obligationem nasci tradunt, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacite seu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventionem expressa? Utrique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *l. 2. l. 4. §. ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l. 3. de reb. cred. l. 34. de div. reg. jur.* Ita societas tacite contrahi potest, *l. 4. pro soc. item mandatum, l. 6. §. 2. l. 18. mand. locatio conductio, l. 13. §. ult. locat.*

2 Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, aperte ex eo patet, quod omnnis conventio plurium est, *l. 1. §. 1. de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inventi quoque & ignorantibus obligamur, §. 1. *infr. hoc tit. l. 2. de neg. gest. (1)*, adeo ut ea obligationem etiam furiosi & pupilli teneantur, *l. 3. §. 5. d. tit. l. 46. de obl. & act.* Postremo nusquam prodium est, ullum consensum hic vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, *d. l. 46. in eam nos incidere, l. 25. §. 16. fam. erec.* utilitatis causa introductam esse, *l. 5. de obl. & act. §. 1. hoc tit.*

3 Factum, unde hic obligatio nascitur, cum Interpretibus, contempta quorundam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci ex quasi contractu, sed quasi ex contractu nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc: Quasi possessio, quasi maritus, *l. 32. §. penult. de don. int. vir. & ux. quasi Serviana actio, peculium quasi castrense.* Nonnunquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, §. 1. *infr. de act. l. 49. de obl. & act.* & interdum absolute contractus vocatur, *l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. cau. pign. largo scilicet modo & per abusionem, l. 3. in*

## TITULUS VIGESIMUS OCTAVUS.

### DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

#### TEXTUS.

#### Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia

non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

#### COMMENTARIUS.

1 EXpositis obligationibus quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Impera-

(1) *L. 14. tit. 16. P. 3. vers. Otrosi, l. 8. tit. 15. lib. 2. Recop.*

(1) *L. 31. tit. 12. P. 5.*

in fin. cum l. seq. quib. ex ca. in poss. Sic autem non male quasi contractum definiemus: *Factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob aequitatem vel utilitatem præsumpto.* Hujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hereditatis, indebiti solutio.

## TEXTUS.

## De negotiorum gestione.

I. *Igitur cum quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum ge-*

(1) L. 26. d. tit. 12. P. 5.

storum, ita & contra iste quæ tenetur, ut administrationis reddat rationem (1). Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo, commodius administraturus esset negotia.

## COMMENTARIUS.

I **P**rima species quasi contractus, negotiorum gestio, ex Cajo l. 5. de obl. & act. Ait, cum quis negotia absentis gesserit. Videlicet sine mandato, aut ignorantis: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones non nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem; sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, l. 2. de neg. gest.

2 **D**omino directa competit actio] Monuimus in explicatione §. 2. supr. quib. mod. re contr. obl. esse quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant; quosdam, qui ex utroque; nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantum, nec semper uter-

quo

que obligetur. Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est; & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur: sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit; alter autem statim tenetur & directo ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur & interdum principalis, l. 17. §. 1. commod. quæ adversus dominam, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem.

3 **A**dversus eum, qui gessit] Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus quod gerendum suscepit (1): nam novum inchoare non habet necesse, l. 21. §. 2. de neg. gest. (2). Gesti obligatio duo continet: restitutionem ejus quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, l. 2. eod. & damni ejus quod perperam gessit, præstationem: cæterum hic lucrum cum damno casu dato pensatur, l. 11. eod. In non gesto non tantum damni culpâ aut negligentia dati

ratio haberetur, sed etiam lucri omissi: ad quod declarandum, accommodatissimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, l. 6. §. ult. l. 7. l. 35. eod.

4 **N**egotiorum gestori contraria] Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, l. 2. eod. (3). Neque qui gessit pro invito, l. 8. §. ult. de negot. gest. l. ult. C. eod. Nec qui pietatis causa animo donandi, quod accidere solet in parentibus, l. 27. §. 1. l. 34. eod. l. 1. l. 11. l. 13. l. 15. C. eod. Quando autem ita factum præsumatur, vel non, habes in d. l. 34. Competit autem hæc actio, ut & cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, l. 5. de pos.

5 **S**ubita festinatione coacti] Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, l. 5. in pr. vers. ideo de obl. & act.

6 **A**d exactissimam diligentiam] Secundum regulam traditam l. 5. §. 2. commod. non plus a negotiorum gestore exigendum videtur, quam a depositario, nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam: quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in deposito, commodum agitur; &

ta-

(1) L. 26. d. tit. 12. P. 5.

(2) L. 33. eod.

(3) D. l. 26.

tamen certi atque explorati juris est, non doli tantum nomine; sed etiam culpæ gestorem obstringi, l. 11. de negot. gest. l. 23. de div. reg. jur. Sed nimirum, ut superius quoque sub §. 2. supr. quibus mod. re cont. obl. & §. 11. præc. tit. monui, regula de dolo duntaxat præstando in eo negotio in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit is qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa, peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset, hoc text.

7 Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit qui ea capessat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium, ne quis temere se negotiis eorum immisceat, & diligentiorum forte anteverrat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur, cumque

id fit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, l. 3. §. 9. de negot. gest. (1): sed sæpe homines præpropere se alienis negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumentum, aut præpostera curiositate; de quibus exaudienda regula legis 36. de div. reg. jur. nempe: *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.*

8 Interpretes plures post Gloss. hic, statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus: *Si modo alius diligentior &c.* pro limitatione accipientes: quod non conveni sententiæ hujus loci, qui descriptionem quandam continet exactissimæ diligentia, cui culpa levissima opponitur, arg. §. 2. supr. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. §. 4. de obl. & act. Adde Paul. 1. sent. 4. l. 24. C. de usur.

9, IN HISPANIA probari videtur opinio Gloss. quam modo retulimus, ut scilicet negotiorum gestor regulariter duntaxat teneatur præstare culpam levem, arg. l. 30. tit. 12. P. 5., quæ tantum præstationi doli, & culpæ gestorem adstringit; levissimam vero præstet cum, alius diligentissimus sese obtulisset, l. 34. eod. ubi verbo, *negligentiæ culpam levissimam*, significari, obscurum non est; cum jam antea doli, & culpæ

, facta fuerit mentio. Idemque, clare evincunt ultima verba, ejusd. l. 34. por qualquiera de, estas tres maneras sobredichas: quæ ad dolum, culpam, & negligentiam referuntur, tantumquam ad tria distincta.

## TEXTUS.

## De tutela.

2. Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutua sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit (1).

## COMMENTARIUS.

I Secunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii itaque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi

Tom. II.

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

maleficii habet, l. 5. §. 1. de oblig. & action.

2 *Adiones mutua*] Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela, l. 4. de tut. & rat. distr. tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ (2), & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inferat, l. 1. d. tit. Et quamvis in administratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, d. l. 1. l. 23. de div. reg. jur. quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constitui suavit; non levissimam, quia necessitas gerendi excusatione digna est. Vice mutua, tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, sive impenderit quid in rem pupilli, sive aut se aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur, l. 1. in pr. l. ult. de cont. tut. act. Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt, l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. cum similib.

## TEXTUS.

## De rei communione.

3. Item si inter aliquos communis res sit sine societate: veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum al-

Yy

(2) L. 6. tit. 11. P. 3.

(1) L. 30. d. tit. 12. P. 5. vers. Pero, cum seqq.

teri ideo teneatur communi dividendo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non teneatur, quasi ex contractu teneri videtur (1).

### De hereditatis communi- one.

4. Idem juris est de eo, qui coheredi familiae erciscundae iudicio ex his causis obligatus est. (2).

#### COMMENTARIUS.

I Tertia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hereditatis inter coheredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eandem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat, & in communiione manenti præstationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, l. 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3.

(1) Princ. tit. 15. P. 6. l. 6. cod.

(2) L. 2. tit. 15. P. 6.

comm. divid. (3). Prima & præcipua hic obligatio est, quod consortis, si sponte communionem omittere nolit, compellatur ad divisionem iudicio divisorio; in quo hoc maxime agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, a communionem, quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur, l. ult. C. com. divid. discedatur: communio enim parit discordias, l. 77. §. 20. de leg. 2. (4). Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. & seqq. infr. de offic. jud.

2 Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, l. 3. com. div. (5). Lucri, ut si quæ ad unum e consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, l. 3. C. cod. d. §. 4. infr. de off. jud. & hoc text. Damni, ut si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut neglegentia unius, id cæteris proportionem ejusque sarciat, l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. & §. 18. famil. ercisc. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem suis rebus adhibere consuevit, d. l. 25. §. 16. Impensarum, ut si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit fa-

(3) D. l. 6. tit. 15. P. 6.

(4) L. 1. d. tit. 15. P. 6.

(5) D. l. 6.

facere, ei a cæteris pro rata refundantur, hoc text. d. l. 25. §. 13. & seqq. fam. erciscund. Quorum omnium consequendorum causam comparatæ sunt actiones inter heredes familiae erciscundæ; inter eos quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hereditatis, communi dividendo, tit. D. & C. fam. erc. & comm. div. Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiuntur.

#### TEXTUS.

### De aditione hereditatis.

5. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest), & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur (1).

#### COMMENTARIUS.

I Quarta species quasi contractus, aditio hereditatis. Certum est, heredem adeuntem hereditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quam manifestum est, nullum in ea re maleficio esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hereditatem sibi delatam am-

(1) L. 3. tit. 9. P. 6.

plectitur, simul iudicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis sese obligare videtur, l. 5. §. 2. de oblig. & action.

2 Legatorum nomine] Heres tunc proprie quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est, quam agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, legatariis scilicet & fideicommissariis, d. l. 5. §. 2. de oblig. & action. & hoc text. Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit. Creditoribus autem hereditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in heredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hereditariæ, eadem nimirum illæ, quæ competebant adversus defunctum & ex eadem causa. Inaudium enim est, creditores hereditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hereditaria, sed obligatio heredis, quamvis hereditariæ loco esse dicatur, l. 40. de oblig. & action. Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, a quibus quid relictum est: eademque adversus eos actiones ejus rei ob-

tinendæ causa constitutæ, l. unio.  
§. 4. C. de cad. toll.

## TEXTUS.

## De solutione indebiti.

6. *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut si certiore rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo conditione tenetur (1).*

## COMMENTARIUS.

I Quinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem, quæ causa est, quod sup. §. 1. quib. mot. re contr. oblig. statim post contractum mutui, etiam indebiti soluti mentionem fecit Justinianus; sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacite significat, quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Ca-

(1) L. 28. tit. 14. P. 5.

(2) L. 30. tit. 14. P. 5.

jo l. 5. §. 3. de oblig. & action. Res ista habet: Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret, l. 1. l. 26. §. 2. & 3. hoc tit. de cond. ind. (2). Aut dubitans; qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, l. 2. eod. Si vero simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æque erranti repetitio datur, l. ult. eod. (3). Aut denique, quod plerumque fit, per errorem, non ignorans, se non debere: de qua specie passim agitur in D. & C. de cond. ind. estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & d. l. 5. §. 3. de oblig. & action. traditum est (4): quam recte, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est.

2 Cui quis per errorem indebitum solvit ] Ut in specie proposita solventi quæretur obligatio & soluti conditio, duo requirantur; ut indebitum sit quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo debet, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantum? Si tantum jure civili, id est, ex obli-

(3) D. l. 30. vers. E. otrosi.

(4) L. 28. tit. 14. P. 5.

obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur; placet, locum esse repetitioni, l. 26. §. 3. l. 54. hoc tit. de cond. ind. Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil 112. de div. reg. jur.

3 Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigere non potest, solutum tamen, quamvis ab eo qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, l. 10. de oblig. & act. l. 16. §. 4. de fidejuss. cum simil. Et vero cum etiam id quod naturâ debetur, in compensationem veniat, l. 6. de compens. summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia Judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest; & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, l. 60. hoc tit. (1).

4 Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debe-

tur, quæ civilis & efficacia obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis, l. 16. §. 1. ad sen. vellej. prodigi promittentis, l. 6. de verb. oblig. pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, l. 9. C. ad sen. vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verb. oblig.

5 Error duplex est: facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quid jus hic tribuat, ignoratur, l. 1. de jur. & fact. ign. Unde quisitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Et in hac quæstione, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse asserendum est. Ratio hujus est: quia conditio indebiti ex bono & æquo datur, l. 66. hoc tit. de cond. ind. cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quæquam æquitatem prætereundum poterit, quove colore de iniquitate conditionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per igno-

(1) L. 33. tit. 14. P. 5.



rantiam juris, quod naturâ non debetur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, l. 14. de compens. accessiones non admittat, l. 3. §. 1. de pec. const. l. 7. de fidejuss. cum Prætor eo nomine in re aperta denegat actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit, se id pro debito non habere, per l. 9. de jurejur. quis credat si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali, aut quod metus causa.

6 Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in l. 7. de cond. ca. dat. ubi dicitur Julianus post Nervam & Artilicinum respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in l. 32. §. 1. l. 59. de cond. ind. l. 5. C. eod. & apertissimus in l. 1. ut in poss. leg. in pr. Deinde in toto tit. D. de cond. ind. debit. quamvis prolixo, nusquam

aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, l. 26. §. 3. l. 40. l. 54. eod. idem suadet ratio, ob quam placet, eum qui sciens indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, l. 53. de div. reg. jur. quod de eo qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putat, dici non potest.

7 At si is qui solvit, naturâ qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus sollemnem: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia si errore facti, repetitionem habeo; si errore juris, non item, l. 9. C. ad leg. Falcid. (1). Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per l. 2. C. de fideicom. justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accomodandi sunt alii loci Codicis in quibus, forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. ind.

Ma-

8 Magis ex distractu, quam ex contractu] Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventionione. At neque qui in solutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget: neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa, atque idcirco ex distractu obligatio nasci hic videtur. Verum extra id quod agitur, tacite hæc obligatio nascitur, l. 13. in fin. commod. nimirum ex consensu facto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu: nam & qui solvit, interpretatione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit ea conditione accipere, ut nihil alienum injuriâ retineat: quæ res speciem quandam contractus & negotii invicem gesti habet, l. 33. de cond. ind. verum autem contractum non efficit, l. 19. de reb. cred. quod etiam ex eo intelligere licet, quod conditio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est qui accipit, d. l. 26. §. 12. de cond. ind. si vero ex contractu & conventionione descenderet, daretur in solidum.

## TEXTUS.

Quibus ex causis indebitum solutum non repetitur.

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per

errorem non debitum solutum sit, sic nunquam defunierunt veteres: Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant: nostra autem constitutio eum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis induxit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legataris hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

## COMMENTARIUS.

I Sunt quædam causæ ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confidentem in simplum datur, adversus negantem in duplum. Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis, uno loco comprehensis a Justiniano §. 26. de act. Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, l. 23. §. pen. ad leg. Aquil. Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendiï, ruinæ,

nau-

(1) L. 31. tit. 14. P. 5.

nafragii causa factum est, l. 1. §. 1. cum *seqq. depos.* (1) Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, d. §. 26. Ex his ergo causis si quis per errorem solvit quod non debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, l. 4. C. de cond. ind. & hoc text. Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo, quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repetere; quasi simplum ideo solverit, ne in faciendo periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum a se amovere voluerit. Excepiuntur & a-

liæ causæ ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta a matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum est in l. 32. §. 2. de cond. ind. (2). Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, l. 65. §. 1. eod. l. 2. C. de transact. (3).

2 *Nostra autem constitutio* Constitutio Justiniani, qua de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; & credibile est, Græcæ scriptam intercidisse.

3 *Religionis vel pietatis* Religionis intuitu quid relinquuntur Ecclesiis, cœnobiis: pietatis intuitu xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis &c. (4).

## TITULUS VIGESIMUS NONUS.

### PER QUAS PERSONAS OBLIG. ACQUIRITUR.

#### C. Lib. 4. Tit. 27.

I **H**ucusque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & facto nostro obliga-

tionem acquirere possumus, sed etiam per eos qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel juxta opinionem nostram, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eundem modum, quo

sup.

(1) L. 8. tit. 3. P. 5.

(2) L. 34. tit. 14. P. 5.

(3) L. 35. eod.

(4) D. l. 34.

### Per quas personas obligatio acquiritur.

sup. lib. 2. disputationem de acquirendo rer. dominio concludit titulus per quas pers. cuiq. acquiritur. Uade etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

#### TEXTUS.

#### De his qui sunt in potestate.

*Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat; quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietatem autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellam nostræ constitutionis divisionem.*

#### COMMENTARIUS.

I *Veluti per servos* Per servos nostros, & fi-

Tom. II.

lios quos in potestate habemus eodem modo acquirimus obligationes, ac res cæteras: de quo copiose actum lib. 2. tit. per quas pers. cuiq. acquiritur.

2 *Secundum novellæ nostræ* Licet ex causa peculii adventitii filiosfam. proprietatem quærat, patri tantum ususfructus, quod minus est; placet tamen, solam patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is in prima adhuc ætate sit constitutus, vel longe absit, l. ult. §. 3. C. de bon. quæ lib. quæ est illa novella constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc, cum Institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ vocitæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

#### TEXTUS.

#### De bona fide possessis.

I. *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

Zz

De

## De seruo fructuario, vel usuario.

2. Per eum quoque seruum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

## COMMENTARIUS.

I HUC accommoda ea quæ diximus de acquirendo per seruum fructuarium in §. 4. per quas pers. cuiq. acquir. & per eum cuius usus noster est in §. 3. de usu & hab.

## TEXTUS.

## De seruo communi.

3. Communem seruum pro dominica parte dominis acquire-

re certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur: Titio domino meo dare spondes? Sed si domini unius jussu seruus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirit, qui hoc ei facere iussit, ut supra dictum est.

## COMMENTARIUS.

I SI seruus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirit, distines ex §. ult. supr. de usu seruo.

2 Post nostram decisionem Est l. ult. C. per quas pers. nab. acquir. ubi plures casus, nunc inutiles, deciduntur.

## TITULUS TRIGESIMUS.

## QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 45. Titt. 2. 3. 4. C. Lib. 8. Titt. 42. 43. 44. (1)

I Explicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: cominodum nunc subjungitur, quomodo recte ab initio constituta distrahatur, ejusque nexu debitor liberetur; quoniam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque, quæ ex de-

licto vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tutione Prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio (2), dissensus utriusque partis interdum, obligationis con-

fu-

## Quibus modis tollitur obligatio.

fusio, l. 75. l. pen. de solut. l. 7. C. de pact. debiti oblatio & consignatio, l. 9. C. de solut. (1), compensatio, §. 30. inf. de action. (2), duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus, l. 17. de oblig. & action. rei debitæ ante moram a debitore factam contingens interitus, l. 23. de verb. oblig. & si quæ sunt generis ejusdem (3). Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore &c. De liberatione per exceptionem dicitur infr. lib. 4. tit. de except. Hic tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his duntaxat hi quatuor maxime celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

## TEXTUS.

## De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur (4); vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat (5). Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo interuenerunt, liberantur (6). Idem

ex contrario contingit, si fidejussor solverit; non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

## COMMENTARIUS.

I Tollitur omnis obligatio solutione] Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propositis, est solutio. Solutionis verbum & generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque modo factam pertinet, referturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quam ad ipsius obligationis, quæ quis liberatione tollitur, substantiam, l. 54. de solut. l. 47. l. 176. de verb. sign. Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur, præstationem ejus quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cum præstatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio a satisfactione & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, l. 49. l. 52. de solut. cum similib. & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, omnis obligatio, id est, cujuscunque ea sit generis,

Zz 2

aut

(1) L. 8. eod.

(2) D. l. 2. eod.

(3) D. l. 2. l. 9. eod.

(4) D. l. 2. vers. Ca.

(5) L. 3. eod.

(6) L. 1. eod.

(1) Tit. 14. P. 5.

(2) L. 2. tit. 14. P. 5.

aut quomodocumque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

2 *Ejus quod debetur* ] Recte, *ejus quod debetur*: nam aliud pro eo quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, *l. 2. §. 1. de reb. credit.* (1), veluti si pro pecunia debita certa species obrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debite æstimatione: vel si factum pro ficto solvatur, *l. 98. §. 6. de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, *l. 99. eod.* sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi. Vid. *supr. not. ad pr. quib. mod. re contr. oblig.*

3 Sunt sane nonnulli casus quibus placet, debitorem posse æstimationem pro re debita præstare; sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit: veluti si res debita post moram perijt, *l. 8. de cond. furt.* aut extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non vendat, *l. 71. §. 3. de legat. 1.* (2); similemque rationem habet species *l. 26. §. 2. eod. tit.* Idem aliquando suadet & favor, ut in casu *d. l. 71. §. 3. in fin.* (3). At vero extra hujusmodi casus & causas, aliud pro re debita dissentiente creditore non recte solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit, veluti in causa noxali: ex qua cum solam damni æstimationem dominus debeat, per

(1) *D. l. 3 tit. 14. P. 5.*

(2) *L. 38. tit. 9. P. 6.*

legem tamen noxæ deditioe liberatur, *l. 6. §. 1. de re judic.* item in obligationibus faciendis; ubi si factum non est quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventionem accepit, ut vidimus *sup. in §. ult. de verb. oblig.*

4 Adhæc sciendum est, ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo quæque contracta est, dissolvatur, *l. 80. de solut. l. 35. de div. reg. jur.* ac proinde non dissolvitur, nisi res debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi iudicii & auctoritatis Andr. Alciatus in *l. quidam 21. de reb. cred.* contendens, creditorem etiam partem debiti quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatae illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & adstruamus. Ajo igitur, contra quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debite solvere invito creditore: ac proinde, si debitor ejus quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nul-

(3) *D. l. 38.*

lumque esse hujus oblationis effectum.

5 Confirmat hanc sententiam præter id quod modo attuli de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l. 3. fam. ercisc. & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam vero constat, non posse cogi creditorem accipere quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuat, l. 99. de solut.* Consentit auctoritas Modestini *l. 41. §. 1. de usur.* ubi diserte Jurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti ob signante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expresse cautum sit, ut liceret & partem ejus quod acceptum est, solvere, ut in specie *l. 40. de reb. cred.* Postremo, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est, ut heres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *l. 4. §. 6. de statulib.* & quod in causis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa, cum tribus quotannis vicibus totæ exsolvantur, *l. penult. C. de collat. fund. patrim. lib. 11.*

6 Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, *l. 5. C. de compens. l. 7. C. de solut.* Nam compensatio auctori-

tate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus quæ facta est, volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. C. de compens. l. 4. l. 11. & seqq. D. eod.* Neque textus in *t. ut. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* ibi enim agitur de debitore ex diversis causis obligato, atque ex una earum, solidum quod debet, offerente: nos vero quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque movet Alciatum quod scribit Justinian. in fine *§. 1. hoc tit.* id quod debetur, pro parte recte solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor partis solutionem admittat: ut & illud quod traditur *l. 2. §. 1. de verb. oblig.* quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, ut pars rei in obligationem deductæ præstari & a creditore accipi possit; ad differentiam earum quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in *l. 21. de reb. cred.* quo præcipue movetur, nostram potius sententiam juvat; nam cum Jurisconsultus certum tantum casum proponat, quo creditor partem ejus quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus sit iudicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque

sententia est l. 8. si pars her. pet.

7 *Consentiente creditore*] Creditore consentiente etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset, l. 17. C. de solut. (1); nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, l. 52. de solut. Enimvero ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit: alioqui & manet pristina obligatio & manet pro solido, etiamsi pars tantum evicta fuerit, l. 46. eod. tit. quod idem juris est in solutione ipsius rei debite, quæ propria fuit debitoris, l. 20. l. 38. §. 3. l. 72. §. pen. eod.

8 *Nec interest quis solvat &c.*] Non tantum debitor ipse recte solvit, sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset, l. 17. C. de solut. Quinimo placet, licere cuique pro debitoreolvere etiam ignorante eo & invito, l. 53. eod. (2); idque naturalis simul & civilis ratio suavit, per quam licet conditionem alterius, quamvis invito aut ignorantis, facere meliorem, l. 39. de neg. gest. d. l. 53. Neque obstat quod traditur in l. 69. de div. reg. jur. invito beneficium non dari. Nam hoc ad beneficia quæ a legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur, l. pen. C. de pact.

(1) Arg. d. l. 3. tit. 14. P. 5.  
(2) D. l. 3.

9 *Liberatur enim & alio solvente*] Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset, ut ex hoc loco & præcitatt. II. intelligitur; efficitque hoc ipsum etiam manifestata ratio juris: nam cum creditor accipit quod est in obligatione, necesse est, eam extingui, ipsoque jure liberari debitorem. Igitur ad effectum liberationis quæ debitori contingit: veteri obligatione, nihil interest ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam: quod solvi pro volente, repetere possim actione mandati; quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, l. 6. §. 2. l. 20. §. 1. l. 40. mand. l. ult. C. de neg. gest. (3).

10 *Ignorante debitore vel invito*] Sed: quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recusset accipere, nonne audiendus erit? Minime, quia nihil ejus interest; quis solvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. Non cogitur quidem præcise creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogatur: sed quod debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro

(3) L. 12. tit. 12. P. 5.

## TEXTUS.

## De acceptilatione.

solutione cedit, l. 9. C. de solut. (1). Plane, si creditoris interest solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam pecuniam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit, nam si recuset accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriore facere, l. 39. de neg. gest. Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit.

11 *Qui pro eo intervenerunt*] Utrupta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, l. 43. de solut. (2). Ratio perspicua est, quia sublata re principii, etiam ea quæ accessionis locum obtinent, interdere necesse est.

12 *Sed etiam reus*] Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est, ipso iidem jure (3): de quo genere liberationis hic agitur.

(1) L. 8. tit. 14. P. 5.  
(2) L. 1. d. tit. 14. P. 5.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? & Titius respondeat, Habeo. Sed & Græce potest acceptilatio fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: Εἴχῃς λαβῶν δηνάρια τόσα; Εἴχῃς λαβῶν, id est, et tot denarios acceptos habes? Acceptos habeo. Quo genere (ut distimus) tantum ex solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

## COMMENTARIUS.

1 **E**tiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino est: *Liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu a solu-*

(3) L. 3. eod.

lutio, l. 1. de accept. Verba per mutuum interrogationem, abusive intelligenda sunt: quatenus licet interrogatio una duntaxat sit, mutuum seu sequentem habet responsionem. Quod autem Modestianus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in persona debitoris, active in persona creditoris; ut hæc sit sententia, acceptilatio est liberatio qua debitor absolvitur & creditor absolvit, ab eodem nexu quo debitor necitur & creditor necitur.

2 Plena & magis perspicua definitio hæc est: *Verborum conceptio, quibus creditor cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore an id quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa.* Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur, id est, interrogatione & responsione, certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, l. 1. C. de accept. qualia veteribus promiscue usurpata sunt hæc: *Acceptum ferre: Acceptum facere: Acceptum habere,* l. 6. l. 7. l. 13. §. 1. & §§. & ll. seqq. eod. Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu; fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia vere soluta sit, l. 19. §. 1. eod.

3 *Imaginaria solutio*] Solutio naturaliter obligationem resolvit; acceptilatio civiliter, l. pen.

de solut. nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit, liberatur & acceptilatio solutioni comparatur, l. 7. §. 1. de lib. leg. adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, l. 5. de acceptil. & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, l. 16. eod. Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendi tam extraneus quisvis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor, debitorem liberat, l. 12. l. 14. §. 1. de solut. & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quisvis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum pr. hujus tit. quæ contra se habent in acceptilatione, quia scilicet actus legitimi solemnitas per alium peragi non potest, l. nemo 123. junct. l. 77. de div. reg. jur.

4 *Quæ verbis consistunt, nam etiam ceteræ*] Id debitum solum acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem natura convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo eum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum est, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, l. 8. §. 3. eod. l. 35. de div. reg. jur. l. 80. de solut.

Pro

## TEXTUS.

## De Aquiliana stipulatione &amp; acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & a Gallo Aquilio ita composita est: Quicumque te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebitve, præsens in diemve, aut sub conditione: quarumcunque rerum mihi tecum actio est, quæve adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve; quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quominus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spondit, id haberetne a se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.*

## COMMENTARIUS.

5 *Pro parte recte solvitur*] Intellige, consentiente creditore: qua de re abunde dictum in exegesi pr. hujus tit. & quia acceptilatio volente creditore fit, nihil impedit quominus pro parte acceptilatio obligationem tollat.

6, IN HISPANIA inter modos quibus obligatio tollitur, enumeratur sub nomine *quitamento* pactum de nunquam petendo, l. 1. d. tit. 14. P. 5. de quo iterum mentio fit in l. seq. in cujus l. 2. gloss. 1. existimat Gregor. Lop. contineri quoque acceptilationem. Plane, cum apud nos sint concipienda jura pactorum & stipulationum, pactisque vis civiliter obligandi concessa, ut monuimus in §. 1. de verb. obl. consequens est, ut eandem quodque liberandi vim quam acceptilationes habent, pactis tribuamus, tam dicamus. Tollitur itaque ipso jure in Hispania obligatio per pactum de nunquam petendo, eodem modo ac per solutionem, acceptilationem, & novationem, ut dd. ll. 1. & 2. satis demonstrant. Neque acceptilatio ad solas obligationes verborum referenda: vel inter scrupulos & anfractus, quibus Romani eam tanquam actum legitimum illigabant, construenda: eos etenim stare non patitur celeberrima l. 2. tit. 16. lib. 5. *Recopil.* quam toties laudavimus.

Tom. II.

I C. Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicer. lib. 3. de nat. Deor. cap. 30. everriculum

Aaa

0-

omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, herede instituendo, *l. Gallus 29. de liber. & posth.* stipulationis formulam prœdedit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatae, acceptatione deinde perimrentur: quæ stipulatio ab auctore suo Aquiliana dicta est. Ejus formula exhibetur in *hoc text.* ex *l. 18. §. 1. hoc tit.*

5, IN HISPANIA stipulationis Aquilianæ usus prorsus inutilis & supervacuus, ut ex iis, quæ in §. præcedenti diximus, patet.

## TEXTUS.

## De novatione.

3. Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, a Titio stipulatus sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdictum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen primæ novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, a qua postea sti-

(1) *l. 15. tit. 14. P. 5. l. 2. eod.*

puleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem; si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quædam de hoc præsumptiones ab in aliis casibus introducebantur, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definiit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione pertius cognoscere (1).

## COMMENTARIUS.

I Novatione quoque ipso jure obligatio tollitur, sed ita, ut in locum sublatae alii nova substituat: est enim novatio: Prioris debiti in aliam obligationem conversio, *l. 1. de novat.* (2). Fit hæc conversio ver-

(2) *D. l. 15.*

bis seu stipulatione, *d. l. 1. §. 1. l. 2. & pass. eod.* Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria: obligatio vetus, obligatio nova & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscunque est, aut quomodocunque contracta, verbis novari potest, *l. 1. l. 2. de novat.* nec metuendum hic est, ne obstet regula juris de dissolvendis obligationibus, *l. 35. de div. reg. jur.* Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, *l. 8. §. 3. ff. ad SC. Vellej.* qualis est, cum pro eo quod debetur, præstatur aliud volenti creditori, *l. 17. C. de solut.* Nova quæ constituitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, *d. l. 1. in fin. de novat.* de quo pluscula in explicatione textus. Præter hæc, & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quam si hæc agatur, ut prior obligatio novetur, *l. 2. in fin. & passim de novat. l. 3. C. eod.* de quo item fusius postea.

2 Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta, prior perimatur, *d. l. 1. eod.* (1): quæ res facit, ut etiam commoda & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant, *l. 8. l. 15. de novat. l. 43. de solut.* Plane, si pignora prioris obligationis in novatione reperita fuerint, placet, creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est,

(1) *D. l. 15.*

cui eadem pignora postea, licet ante novationem obligata sunt, *l. 3. qui pot. in pign. & ibi Bart.*

3 Potest autem novatio dupliciter fieri, vel manente eodem debitore, vel persona debitoris mutata (2): priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. Sed si eadem persona.* Posteriori novatio fit, quoties liberato priore debitore, alius, qui ex promissor appellari solet, ut notatum sub *tit. de fidejuss.* locum ejus subit: veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio id quod ei Sejus debet: sive id sua sponte Titius faciat & vel ignorante vel nolente debitore, *l. 8. in fin. de novat.* sive debitoris mandato, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est: *Vice sua alium reum dare creditori, l. 11. eod.*

4 Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione cui hoc nomen per excellentiam & absolute tribuitur. Est vero præter hanc quæ stipulatione fit, & alia quam inducit litis contestatio, *d. l. 11. §. 1. l. 29. eod. l. 3. C. de usur. rei jud.* nam & iudicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio iudicati, *l. 3. §. 11. de pecul.* Cæterum hæc species novationis superioris longe dissimilis est, & secundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in iudicium deducta novas quasdam assumit qualitates; veluti quod quæ tempore aut morte peritura

Aaa 2

(2) *D. l. 15. tit. 14. P. 5.*

fuisset, iudicio inclusa salva manet & ad heredes transmittitur, l. 26. de oblig. & act. §. 1. infr. de perp. & temp. act. & quia reo condemnato nova accedit actio iudicati, priore multo utilior, l. 56. de re iudic. At enimvero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur, l. 41. §. 1. de fidejuss. Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, l. 13. §. 4. de pign. Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent; quæ iudicio accepto, necessariam: cuius distinctionis fundamentum est in d. l. 29. de novat.

5 Licet posterior stipulatio inutilis] Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo, præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor qui admisit debitorem delegatum, l. 26. §. 2. mand. (1).

6 A pupillo sine tutoris auctoritate] Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari iure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat ll. 5. & 9. de auct. tut. (2). Attamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus §. 9. de inut. stip. & ideo, quod huic consequens est, si pu-

pillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, prior obligatio iure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem (3): quippe sufficit ad novationem, quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, l. 1. in pr. & §. 1. de novat.

7 Neque est contrarium quod Paulus scribit in l. 20. §. 1. eod. pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem, absque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem suam facere deteriorem, quod negat Paul. d. loc. sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectum, ut prior debitor liberetur; quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, per l. 19. de div. reg. jur. quod alienam obligationem in pupillum transtulerit (4), quem sciebat aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interposita tutoris auctoritate.

8 Et posterior obligatio nulla est] Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, l. 1. in fin. de novat. sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint: de

de quo uberius disseruimus sub §. 9. de inut. stip.

9 Non idem juris est, si a servo] (1). Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur naturaliter, l. 13. de cond. ind. l. 14. de oblig. & action. sed quia iure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, l. 30. §. 1. de pact.

10 Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis causa non tantum pure, verum etiam sub conditione, aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, pure novandi causa promitti, eo effectum, ut teneat novatio conditione existente: non alias, l. 5. l. 8. §. 1. l. 14. per tot. de novat. Late & eleganter D. Brissonius lib. 2. de solut. tit. de novat.

11 Dubium erat, quando novandi animo] In omni quidem novatione etiam iure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l. 28. de novat. Cæterum dubium erat, quando id actum videretur & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, l. 58. de verb.

oblig. Vid. Anton. Fab. 3. conject. 3. Justinianus vero, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, l. ult. C. de novat. quæ est illa constitutio, cujus hic meminit (2). Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur qui pro priore intervenerant. Plane, si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, l. 8. §. ult. de novat. (3).

12, IN HISPANIA probatæ, sunt l. 16. tit. 14. P. 5. Romanorum leges statuentes novationem, nem pure factam obligationis, sub conditione contractæ, non ante valere, quam conditio extiterit. Illam tamen exceptionem, fieri observamus in d. l. 16. ut, nempe novatio valeat insuper, habito an conditio existat, quoniam, ties in contrahenda novatione, id fuerit expressum: quam exceptionem in Romanorum legibus non invenimus. Plane fatendum est, quod si in laudato exemplo conditio defecerit,

, re-

(1) D. l. 15. vers. E maguer.

(2) L. 4. tit. 11. P. 5.

(3) L. 18. tit. 14. P. 5.

(4) D. l. 18.

(1) L. 17. eod.

(2) L. 15. tit. 14. P. 5.

(3) D. l. 15.



, requisita quoque novationis desiderata priori obligatione: proindeque novationem ipsam non consistere ut novationem propriam obligationis prioris, quæ omnino fuit nulla; sed ut obligationem ordinariam, & regularem, quæ habita relatione ad veterem, quæ existere sperabatur, contracta fuit: hocque sensu novatio dicitur.

## TEXTUS.

## De contrario consensu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis; deinde re nondum secuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

## COMMENTARIUS.

I Quædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis; tum civiles eæ quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli, l. 95. §. 4. de solut. quod nihil aliud

est, quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicut justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, l. 40. §. 1. l. 52. §. 2. de pact. Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ l. 35. de div. reg. jur. Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, d. l. 95. §. 4. de solut.

2 De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eoque nudo consensu dissolvi, l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. dummodo rebus integris a contractu abeat, l. 7. §. 6. l. 58. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced. in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, l. 80. de solut. d. l. 35. de div. reg. jur. Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producant, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse; tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium (urpote a jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium): ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit in quo actio fundetur: eadem

videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali, animo recedendi reddita fuerit. De furto & injuriis lex XII. Tab. pacisci permisit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, d. l. 17. §. 1. de pact. junct. l. 6. l. 7. §. 14. in fin. eod.

3 *Contraria voluntate* ] Id est, contraria conventionem, seu utriusque partis consensu, l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced. unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, l. 5. C. de oblig. & act. l. 3. C. de resc. vend. utique jure communi: nam

quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

4 *Re nondum secuta* ] Id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposit, si neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenit, consensu amplius negotium resolvi nequit nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur, nudo pacto obligatio constitui potest, d. l. 58. in fin. de pact.

## FINIS LIBRI TERTII.



INSTITUTIONUM  
ROMANO-HISPANARUM  
LIBER IV.

TITULUS PRIMUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO  
NASCUNTUR.

*Dig. Lib. 47. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 2. (1).*



X quatuor causis obligationum propositis §. ult. sup. de oblig. duæ superiore libro tertio expositæ sunt; contractus & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet & quasi maleficium partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est: *Omne factum illicitum, quod lege humana poenam meretur.* Estque vel publicum: *Quod ad læsionem Reipub. directo tendit,* & publice in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus libri; vel privatum: *Quo offenduntur singuli,* quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie crimina; privata male-

ficia appellantur: quanquam verbum *criminis* ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit sane per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, l. ult. de priv. del. l. ult. de furt. l. ult. de injur. Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis quibus nocitum est, ex ea causa debetur; sed extra ordinem ad vindictam agimus, poenamque pro modo admissi, arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEX-

(1) Tit. 14. P. 7. & tit. 11. lib. 8. Recop.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

*Cum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur; hæc vero unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio: veluti ex furto, rapina, damno, injuria.*

COMMENTARIUS.

**H**æc unius generis sunt: *nam omnes ex re nascuntur* [Ita quoque Gajus l. 4. de obl. & act. Obligationum quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, §. ult. sup. de obl. Quæ vero ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt; nam hæc omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, d. l. 4. Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti; sed ut teneatur, necesse est, contractatio interveniat, l. 52. §. 19. de furt. Similiter, si quis verbis aut lit-

Tom. II.

(1) L. 1. tit. 14. P. 7.

teris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum; sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, l. 27. §. 2. de pact. ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Ut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, l. 1. §. 1. l. 5. §. 9. & seq. de injur. tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia quæ iis inhæret: unde actio omnis quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, l. 25. §. 1. de oblig. & action. Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

2 Furto, rapina, damno, injuria] Eadem genera maleficiorum, nec plura enumerat Gajus d. l. 4. nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur.

TEXTUS.

Definitio furti.

1. *Furtum est contractatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve (1): quod lege naturali prohibitum est admittere.*

Bbb

COM-

## COMMENTARIUS.

I Auctor hujus definitionis est Paulus l. 1. §. ult. *hoc tit. de furt.* Idem lib. 2. *sent. tit. 31.* furem sic definiuit: *Qui dolo malo rem alienam contrectat.*

2 *Contrectatio*] Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare est, *Rem manu tractare & loco movere*, l. 3. §. 18. *de adq. v. am. poss. l. 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, §. 2. *supr. de usuc. in fin.* (1). Deinde, furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, l. 52. §. 19. *hoc tit.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, l. 21. §. 7. *eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, l. 1. §. 2. l. 67. *eod.* Plane, etiam sine ablatione, sola contrectatione furtum committi potest, d. l. 21. §. 8. *hoc tit.* Neque is solum furtum facere & rem contrectare intelligitur qui eam surripit & domino auferit, sed & qui rem aut pecuniam quam a domino accepit, alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniave in suos usus convertit, d. l. 52. §. 16. *eod. l. 7. C. eod.* aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter

(1) D. l. 1.

utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub §. 6.* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo presente, indebitum ei quem delegavit, solvitur, l. 43. §. 2. *eod.*

3 *Fraudulosa*] Fraudulosa contrectatio est: *Cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo.* Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest: vid. *inf. §. 10.* Sed & si cum esset aliena, suam quia esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto erret, l. 25. §. 6. *de her. pet. §. 1. sup. de usuc. ex voluntate eni.* & proposito maleficia aestimantur, l. 53. *hoc tit.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem interventendi domino, non committitur, §. 7. *infr. eod.* cui non est contrarium id quod Pomponius scribit, eum qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, l. 77. *eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est saccum furari, tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablati intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernatur furtum a rapina, affectus clandestinus a violento. Nam etsi generali significato & vis fraudem seu dolum habet, l. 2. §. 8. *vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria signi-

gnificatur, quæ occulte fit & clandestinum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

4 *Lucri faciendi gratia*] Hæc verba causam finalem continent & præcipue furtum a cæteris maleficiis separant, l. 8. §. 2. *arb. furt. cas.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est, propositum & intentio delinquentis. Itaque, si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit: si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, l. 39. l. 53. *hoc tit. l. 5. §. ult. l. 41. ad leg. Aquil.*

5 A lucri studio, ac proinde etiam a crimine furti & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta auferit, ut inedix succurrat, cap. 3. *de furt. cap. 26. de consecr. distin.* 5. quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum quo vehitur, reficiat & pascat in gramine aut viridi sylvæ secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, lib. 2. *Feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui simile est quod viatori permittit Moses *Deuteron. cap. 23. vers. pen. & ult.* & Plato 8. *de legib.* Add. Covarr. in *cap. Peccatum 4. de regul. juris* in 6. *part. 2. §. 1. num. 3.* & Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap. 2. n. 6.*

(1) L. 21. d. tit. 14. P. 7.

6 Illud sciendum est, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit qui possideat (1). Hinc enim est, quod negatur, furtum fieri rei hereditariæ ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam heres possideat; nisi res sit pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, l. 1. §. 15. *si is qui test. l. 68. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & l. ult. expil. her.* Efficit hoc, inquam, subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impune fert qui rem hujusmodi surripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest & heres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hereditatis, d. l. 2. *de crim. expil. hered.* (2). Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo sustulit, ignorans cujus sit, l. 43. §. 4. *hoc tit.*

7 *Vel ipsius rei, vel usus possessionisve*] Hoc est, eâ gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei quam contrectat, vel usus ejus, aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt in §. 6. possessionis in §. 10. *infr. l. 74. hoc tit.*

8 *Lege naturali prohibitum*] Furtum per se & naturâ turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus foeda, l. 42. *de verb. sign.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ra-

Bbb 2

(2) D. l. 21.

tiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri detrahere sui commodi causa, Cicero *lib. 3. de offic. cap. 5. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.* Quod vero apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur Gell. *lib. 11. cap. 18.* id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est: de quo latius disserui sub *tit. 2. lib. 1.*

9 Sed nec illi ipsi quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt aut probarunt, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum Legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes a furto abstinerent, viam quæsit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, jussit nomen suum profiteri apud furum principem, atque ad eum res surreptas e vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi poenam negligentiae, Diod. Sicul. *lib. 1. biblioth. cap. 18.* Lycurgus autem, qui Lacedæmonii leges tulit, non promiscue omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium, neque omnibus furari, sed junioribus duntaxat: quos furtim sibi alimenta compa-

rare voluit, ut acuerent industriam, discerentque a pueris, nocturno vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *lib. de Repub. Lacedæmon.*

10 Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum esse negat Salmas. *de usur. cap. 9.* putat, quod ipsum dominium non natura, sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Nimvero, quum jus naturæ absolutum sit vel hypotheticum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi rectæ rationi non absolute, sed hypothetice adversari. Vid. Puffendorf. *de J. N. & G. lib. 3. cap. 3. §. 24.*

### TEXTUS.

#### Etymologia.

2. *Furtum autem, vel a furvo, id est, nigro dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte; vel a fraudi, vel a ferendo, id est, auferendo; vel a Græco sermone, qui φῶπας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν a ferendo φῶπας fures dixerunt.*

*Textus hic omnino clarus est.*

### TEXTUS.

#### Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera.*

genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum, & oblatum species potius actionis sunt furto coherentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπὶ αὐτοφῶρα appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto, olivarum; aut in vineo, uvarum furtum facit, quandiu in eo oliveto aut vineo deprehensus fuerit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quandiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato; vel a domina, vel ab alio, antequam eo pervenit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est (1).

#### COMMENTARIUS.

I Furtorum tantum duo sunt genera, manifestum & nec manifestum, l. 2. eod. nam, ut hic indicatur, & latius explicatur §. seq. conceptum, & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto coherentes; neque inter duo

illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, l. 21. pr. vers. nam etsi eod. Plane, furtum varie subdividi potest, veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum, aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & a cæteris furibus abigei; balnearii, saccularii, directarii, atque atrocius extra ordinem puniuntur, *titt. de abig. & de fur. baln. l. 7. de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarum puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 10. *infr. de publ. jud.* Ex praxi plurimarum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum (2). Simplex est: Cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adheret: qualificatum contra, Gom. *lib. 3. variar. cap. 5.*

2 Manifestus fur est. ] Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus, furem manifestum censi primum, eum qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam qui deprehenditur in loco ubi fit furtum: postremo & eum qui quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva antequam eam pertulit quod perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex *ll. 3. & 2. seqq. de furt.*

3 Visus vel deprehensus ] Non solum prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit, utique cum ad eum comprehendendum

(1) L. 2. d. tit. 14. P. 7.

(2) L. 7. tit. 11. lib. 8. Recop.

adversum est, isque abjecto furto effugit, l. 7. §. 1. & 2. eod.

4. *Nec manifestum furtum quid sit &c.* ] Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, l. 8. hoc tit. Sed & aperte illud definitur vers. proxime preced. ubi Justinianus ait, eum qui rem pertulit quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum: quomodo & Jurisconsultus l. 5. §. 1. eod. idque sic a Paulo explicatur l. 4. eod. si eo pertulit, quo destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat & dum aliud perfert, deprehendatur, non erit fur manifestus.

### TEXTUS.

#### De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus presentibus furtiva res quaesita, & inventa sit: nam in cum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; quae appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblato. Est etiam prohibiti furti actio*

*adversus eum, qui furtum quaerere testibus presentibusvolentem prohibuerit. Praeterea poena constituitur edito Praetoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quaesitam & inventam non exhibuit. Sed haec actiones, scilicet concepti, & oblato, & furti prohibiti, necnon furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivae hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam praesata actiones ab usu communi recesserunt: cum manifestum sit quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

### COMMENTARIUS.

I *In desuetudinem abierunt*] Quatuor actionum species quae hic recensentur tempore Justiniani dudum obsoleverant, & inde nullam earum mentionem in Pandectis fieri voluit; neque ullam merentur operam.

### TEXTUS.

#### Pœna.

5. *Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.*

### COMMENTARIUS.

I **P**œna furti nec una apud omnes, nec eadem sem-

semper apud Romanos fuit. Nam alii poena pecuniaria tantum; alii flagellatione; alii fustigatione; alii effossione oculorum, aut allicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furta multarunt. Vide Alex. ab Alex. 6. genial. diem. 10. Bodin. 6. de Repub. 6. Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitum tradidisse: servos furti manifesti presos caedi, & e saxo Tarpejo precipitari; furtis autem non manifestis tantum pecuniariam poenam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis qui furta omnia capite plectebat; in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum poena vindicabat, secuti videntur, Gell. lib. 11. cap. 18. Cæterum Praetoribus poena illa furti manifesti nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifestos intactam reliquerunt.

2. Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi coeptum est, & vindictæ publicæ causa, extraordinaria animadversione fures coerceri, poenam statuente Jure pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis, l. ult. hoc tit. Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta poena pe-

cuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit, nov. 134. cap. ult. auth. Sed novo C. de serv. fug. Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, poenæque pecuniariæ quæ ei cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda poenæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. Extat Frederici Imperatoris constitutio lib. 2. Feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. qua jubet, eum qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, eum vero qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive ut Hotomanus legit, tonderi, §. ult. d. tit. eamque poenam idem Imperator confirmare videtur eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subdit. §. injuria seu furtum 1. Privatis tantum relicta est ejus quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas.

3. Sunt qui hasce poenas, praesertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem poenæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit; maxime cum etiam lex divina Hebræis per Moysen data non majore poena, quam pecuniaria fures plecti jubeat, Exod. cap. 22. Verum respondent alii, nos legibus poenalibus

Mosaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus poenarum observandos quibus delicta coercantur: satis esse si leges nostrae congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur: gradus poenarum permittendos esse legum Conditoribus, quibus proinde fas sit, severius delicta punire, atque ea quoque per quae fortunae tantum bonis nocetur, capite plectere, si viderint publice id expedire, neque mitiore ratione cives a flagitio deterreri posse.

4 Illam vero proportionem quae debeat esse culpam inter & poenam, non spectare absolute & nude materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit poena cujus metu cives a delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia poenae examussim respondeat materiae culpae, hoc est, ut bonum quo poena privat, neutiquam excedat bonum illud quo delinquens privavit proximum suum; sed aestimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *Polit. cap. ult.* ubi ait, Legislatores in puniendis delictis saepe respicere ad id quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. 16. in fin.*

de poen. ubi scribitur supplicia exacerbati oportere, quoties nimium multis graevantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam disserit Caecilius apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* ubi ait, acerbiter ulciscendi maleficia plerumque bene atque caute vendi esse disciplinam.

5, IN HISPANIA probata est, *l. 18. d. tit. 14. P. 7.* poena pecuniaria quadrupli in furto, manifesto & dupli in non manifesto tribuenda ei cui furtum fit. Caterum eam usus non servat, Gom. 3. *var. cap. 5. n. 1.* & ibi Ayllon in *addit. May.* modo *hoc tit. n. 14.* Neque alia poena furi imponitur quam corporalis quae pro primo furto est, ut fur verecundiae sive opprobrio publice exponatur & ad triremes mittatur; & pro secundo flagellatur, *l. 7. l. 9. tit. 11. lib. 8. Recop.* Pro tertio autem furto, licet nulla poena expresse statuta sit; tamen DD. censent poenam mortis imponendam esse, Gom. *ubi sup. num. 6.* & ibi Ayllon plures laudans, Greg. Lop. latissimè hoc argumentum examinans in *gloss. 5. d. l. 18.* Sed & quaedam sunt furta quae ob atrocitatem facinoris & perniciem quam Reipublicae afferunt, etiam dum prima perpetrantur, vice puniuntur morte, de quibus agitur in *d. l. 18. cum seq. l. 1. tit. 23. lib. 8. Recop. Senatuscons. 19. cum duob. seqq. tit. 11. lib. 8.* Quamvis autem actio furti qua poena pecuniaria petitur, usu sit abolita, tamen

mini utatur. Exempla habemus in *textu.*  
2, IN HISPANIA integra *textus hujus* doctrina transcripta est, in *l. 3. d. tit. 14. P. 7.* Verumtamen moribus introductum, videmus, quod & ubique gentium receptum est, ut nempe illi qui re aliena aliter quam ipsis permissum esset, utuntur, actione duntaxat in factum tenentur ad sarcendum damnum, hac occasione dominis illatum: quod facilius procedit obsoleta, ut vidimus, poena dupli & quadrupli.

## TEXTUS.

## De contrectatione.

6. *Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.*

## COMMENTARIUS.

I **F**urtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendae causa: verum etiam si quis id faciat solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re quam voluntate domini apud se haber, non ex voluntate domini.  
*Tom. II.*  
(1) *L. 3. d. tit. 14. P. 7.*

mini utatur. Exempla habemus in *textu.*  
2, IN HISPANIA integra *textus hujus* doctrina transcripta est, in *l. 3. d. tit. 14. P. 7.* Verumtamen moribus introductum, videmus, quod & ubique gentium receptum est, ut nempe illi qui re aliena aliter quam ipsis permissum esset, utuntur, actione duntaxat in factum tenentur ad sarcendum damnum, hac occasione dominis illatum: quod facilius procedit obsoleta, ut vidimus, poena dupli & quadrupli.

## TEXTUS.

## De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino face-re; eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur (1).*

## COMMENTARIUS.

I **R**ebus commodatis aliter uterentur] Cum furtum non committatur sine animo furandi, ut *hoc text.* dicitur, nemo qui re aliena utitur, existimans se id facere domino non invito, furtum facit, *l. 76. eod.* Sed quid dicendum, si quis

Ccc

rem

rem aliquam usus sui causa ex  
 ædibus alienis amoverit hoc ob-  
 tentu, quod dicat, se putasse  
 dominum id permissurum fuisse?  
 Equidem si vir sit integræ famæ  
 & justam causam hujus opinionis  
 habeat, puta quæ mutua amici-  
 tia, necessitudine, familiaritate  
 nitatur, dixerim, nec hunc fu-  
 rem habendum esse, per textum  
 generalem in l. 46. §. 7. hoc tit.  
 alias suspicione furti & gravi præ-  
 sumptione onerabitur, arg. l. 48.  
 §. 3. eod. Nam, ut recte ait  
 Bald. in l. 6. C. de dol. in his,  
 quæ sunt de genere prohibito-  
 rum, semper dolus præsumitur.  
 Quæ sententia etiam communi  
 calculo comprobata est in l. 5.  
 C. de injur. Et ideo ne attestatio  
 quidem domini profitentis  
 consensu suo rem amotam esse,  
 furem liberabit, utpote quæ præ-  
 tio aut precibus emendicata cre-  
 ditur, nisi accedant idoneæ in-  
 contrarium conjecturæ. Cæterum  
 hoc tunc locum habet, cum furti  
 criminaliter agitur: nam priva-  
 tam sui juris persecutionem unus-  
 quisque remittere potest. Ita post  
 Bart. in d. l. 46. §. 7. hoc tit.  
 & DD. in l. 18. C. de trans-  
 act. concludit Gom. 3. resol. 5.  
 num. 2.

## TEXTUS.

## De voluntate domini.

8. Sed & si credat aliquis  
 invito domino se rem commodatam  
 sibi contrectare, domino au-  
 tem volente id fiat, dicitur fur-

(1) D. l. 3. vers. E aun.

tum non fieri (1). Unde illud  
 quæsitum est, cum Titius ser-  
 vum Mævii sollicitaverit, ut quas-  
 dam res domino surriperet, &  
 ad eum perferret, & servus id  
 ad dominum pertulerit: Mævius  
 autem dum vult Titium in ipso  
 delicto deprehendere, permiserit  
 servo quasdam res ad eum per-  
 ferre; utrum furti, an servi  
 corrupti iudicio teneatur Titius,  
 an neutro? Et cum nobis super  
 hac dubitatione suggestum est, &  
 antiquorum prudentium super hæc  
 altercationes perspeximus, qui-  
 busdam neque furti, neque ser-  
 vi corrupti actionem præstanti-  
 bus, quibusdam furti tantum-  
 modo: nos hujusmodi calliditatis  
 obviam euntes, per nostram con-  
 stitutionem sancimus, non solum  
 furti actionem (2), sed & ser-  
 vi corrupti contra eum dari. Li-  
 cet enim is servus deterior a  
 sollicitatore minime factus est,  
 & ideo non concurrant regulæ,  
 quæ servi corrupti actionem in-  
 troducunt: tamen consilium cor-  
 ruptoris ad perniciem probitatis  
 servi introductum est, ut sit ei  
 pœnalis actio imposita, tanquam  
 si re ipsa fuisset servus corrup-  
 tus; ne ex hujusmodi impunitate  
 & in alium servum, qui fa-  
 cile posset corrumpi, tale faci-  
 nus a quibusdam perpetratur.

## COMMENTARIUS.

I Quod hic ait Justinianus,  
 furtum non fieri, et-  
 iamsi quis credat se rem invito  
 domino atrectare, cum id faciat

(2) L. 8. d. tit. 14. P. 7.

## COMMENTARIUS.

I Si filiusfamil. subreptus  
 sit, palam est, patrem  
 habere furti actionem, inquit  
 Ulpian. l. 14. §. 13. hoc tit. Cu-  
 jus rei ratio ex jure antiquo Qui-  
 ritium sumenda est, quo filius in-  
 star servi in patris manu, pote-  
 state ac ditione erat; unde etiam  
 liberi qui in potestate sunt, vin-  
 dicari potuerunt, hac adjecta clau-  
 sula: Ex lege Quiritium, l. 1.  
 §. 2. de rei vind. Ob furtum igitur  
 filiifamil. tripliciter agi poterit.  
 Iudicio criminali extra ordi-  
 nem, l. ult. hoc tit. iudicio pu-  
 blico legis Fabiæ de plagiariis,  
 l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.  
 & civiliter in duplum aut qua-  
 druplum. Quoniam autem in li-  
 bero homine nulla æstimatio cor-  
 poris fieri potest, l. 1. §. 5. de his  
 qui effud. multiplicabitur hic se-  
 cundum Interpp. id quod patris  
 intererit.

2 Unde illud quæsitum &c.]  
 Quoad casum hic propositum ex  
 l. 20. C. hoc tit. nulla opus est  
 explicatione.

## TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit.  
 De liberis hominibus.

9. Interdum etiam liberorum  
 hominum furtum fit: veluti si  
 quis liberorum nostrorum, qui in  
 potestate nostra sunt, subreptus  
 fuerit (1).

(1) L. 22. tit. 14. P. 7.

## TEXTUS.

## De re propria.

10. Aliquando etiam suæ rei  
 furtum quis committit; veluti si  
 debitor rem, quam creditori pi-  
 gnoris causa dedit, subtraxe-  
 rit (2).

## COMMENTARIUS.

I Qui rem pignori dat,  
 eamque surripit, fur-  
 ti actione creditori tenetur, l. 12.  
 Ccc 2

(2) L. 9. eod.

§. 2. l. 79. *hoc tit.* Furtum autem rei pigneratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditor aufert; verum & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, utputa si rem pigneratam vendidit; nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, l. 19. §. ult. l. 66. in pr. eod. l. 6. C. pro empt.

## TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, consilio furtum factum est.

II. Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit: qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quove ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fe-

nestrīs supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratia commodaverit (1). Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

## COMMENTARIUS.

I Nonnunquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit; veluti is cujus ope, consilio furtum factum est in quem prodita est hæc formula: Ope, consilio tuo furtum factum esse ajo, l. 27. §. 21. ad leg. Aquil. Opem ferre ille dicitur: Qui ministerium atque adiutorium ad surripiendas res præbet, l. 50. hoc tit. Illud satis expeditum non est, verba hæc, ope, consilio, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam plures textus in utramque partem allegantur.

2 Cæterum plana fiet hæc questio explicata significatione hujus vocis consilium, quæ triplex est. Primum significat malitiosum propositum seu animum dolosum: secundo simplices monitiones et suasiones, veluti si de paupertate conquerentem horteris, ut furto pecunias sibi quærat: & tertio persuasionem, impulsione, simulque instructionem, ut si, exempli causa, furi commonstræ viam aut rationem penetrandi in ædes alienas. Si primo capiatur modo, nemo ex solo consilio furti tenetur; sed ita ipsum ne-

ces-

cessarium est, ut sine eo neque qui præstat opem ad furandum teneatur, utputa qui scalas furi commodavit, ignorans cujus rei causa. Itaque hoc sensu utrumque, opem scilicet, & consilium, concurrere debet. Si autem secundo usurpetur modo, neque per se sufficiens est ad inducendam obligationem furti; neque est necesse ut adsit in præstante opem, cum ei, ut teneatur, sufficiat malum propositum, ut verba hujus textus ostendunt. Si tertio denique accipiatur modo, ipsum consilium consulentem reddet furti actioni obnoxium, quin opis præstatio necessaria in eo sit: utique si furtum secutum fuerit, quod semper desideratur, arg. l. 36. pr. l. 52. §. 19. hoc tit. l. 53. §. 1. de verb. sign. quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in pr. ejusd. §. 1. Exempla hujus doctrinæ quæ in textu traduntur, plana sunt.

## TEXTUS.

De his, qui sunt in potestate. De ope ac consilio extranei.

12. Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum qui-

dem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio aliterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse (1).

## COMMENTARIUS.

I Servi & filii nostri qui in potestate nostra sunt, furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio: tum quod dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, l. 17. hoc tit. (2): tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, l. 16. eod.

2 Si vero ope & consilio] l. 36. §. 1. hoc tit. (3). Et hoc quoque consequens est ei quod dixit, vere in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accomodaverit, furti tenetur; etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, d. l. 52. pr. junct. l. 1. & 2. de act. rer. amot. (4). Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum qui apud nos degunt, licet graviolem poenam, quam alia mereri videantur propter

(1) L. 4. tit. 14. P. 7.

(1) D. l. 4. tit. 14. P. 7.

(2) D. l. 4. &amp; l. 8. tit. 2. P. 3.

(3) D. l. 4.

(4) D. l. 4.



per perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præsertim si viliora sunt, publice ea vindicari verant, l. 11. §. 1. de pen. nimirum quoniam coercitio eorum permissa ipsi patrif. Gomez 3. var. c. p. 5. num. 3. Molin. tract. 2. de just. & jur. disp. 686.

## TEXTUS.

## Quibus datur actio furti.

13. *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire* (1).

## COMMENTARIUS.

I Docet hic Justinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus quorum interest, furtum factum non esse; mox quasi hoc amplians subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est; denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quam si ejus intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta causa, l. 10. cum seq. hoc tit. Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur: cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat,

(1) Arg. l. 9. tit. 14. P. 7.

l. 12. §. 1. eod. Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest, l. 48. §. 4. eod. Et quod dicitur, actionem furti dari iis quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinet ad omnes quorum quolibet modo interest rem salvam esse, aut non surripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, l. 14. §. 1. & multis seqq. hoc tit. Atque hoc perspicue etiam docet Paulus d. l. 85. in pr. eod.

2, IN HISPANIA actio furti, legatario ceceditur, si post testatoris mortem res legata surrepta fuerit, l. 13. tit. 14. P. 7. in fin.

## TEXTUS.

## De pignore surrepto creditori.

14. *Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere; adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti* (2).

## COMMENTARIUS.

I IN numero eorum quorum interest rem non surri-

(2) D. l. 9. tit. 14. P. 7.

## De obligationibus, quæ ex delicto nascuntur. 391

pi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, imprimis creditor est; non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, l. 12. §. ult. l. 14. §. 5. & 6. hoc tit. (1). Duplici vero respectu ac ratione hic interest creditoris, actioque furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pigneratitia, d. l. 14. §. 6. tum quia etiamsi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere, juxta l. 25. de div. reg. jur.

## TEXTUS.

## De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcien- da vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit* (2). Sed & bonæ fidei emptori surrepta re, quam omnino competit furti actio, quem-

(1) D. l. 9. tit. 14. P. 7.  
(2) L. 10. eod.

admodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio (3): quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.

## COMMENTARIUS.

I ETIAM is qui conduxit, furti actionem habet, sed ita, si culpa ejus res surrepta sit, l. 14. §. 12. hoc tit. nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem, l. 6. locat. (4). At si sine culpa conductoris res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, d. l. 14. §. 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. seq. l. 12. pr. eod. id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantum culpam præstat, sed ut illi qui operam offerunt, etiam levissimam, seu, ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum. Repete quæ notavimus su-

(3) D. l. 10. vers. Mas.  
(4) D. l. 10.

pra ad §. pen. de locat.

2 Bonæ fidei emptori surrepta, quam emerit] Atque emptam ab eo; quem dominum esse putabat, acceperit, nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, d. l. 14. pr. hoc tit. Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio: quoniam ei qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, l. 71. §. 1. eod. Hinc igitur temperanda d. l. 12. §. 1. hoc tit.

3 Omnino competit] In aliis est, omnimodo, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit: nam emptoris semper interest propter pretium quod ei abest. In fullone autem & sartore id secus esse, mox docetur.

4 Non aliter, quam si solvendo] Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint (1). Nam, ut Ulpianus ait, qui non habet quod perdat, ejus periculo nihil est, d. l. 12. eod. Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, l. 114. de verb. sign.

### TEXTUS.

#### De re commodata.

16. Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad

(1) D. l. 10. tit. 14. P. 7. ubi exceptio.

eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercadem accipiendo, custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad iteram venire actionem: sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire; tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponenda quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem uten-

tendam accepit, commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem a domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: cum manifestissimum sit, etiam si ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit (1): eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.

### COMMENTARIUS.

I IN nostris decisionibus] Scriptæ sunt a Justiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, l. ult. C. de furt. cujus hæc est summa: Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantie, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarium liberetur; commodata-

Tom. II.

(1) L. 11. d. tit. 14. P. 7.

(2) L. 12. tit. 14. P. 7. ubi

tario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

### TEXTUS.

#### De re deposita.

17. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituenda ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit (2).

### COMMENTARIUS.

I RE deposita surrepta placet, non depositario, sed domino actionem furti dari, l. 14. §. 3. hoc tit. Et merito placet: neque enim interest depositarii rem non surripri, qui præter fidem nihil præstat, §. pen. supr. quib. mod. re cont. oblig. Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, l. 12. §. 1. d. l. 14. §. 3. hoc tit.

### TEXTUS.

#### An impubes furti teneatur.

18. In summa sciendum est, Ddd  
& exceptio. quæ-

quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita deum obligari eo crimine impubem, si proximus pulchritati sit, & ob id intelligat se delinquere.

## COMMENTARIUS.

**I** Quod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo, furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, l. 53. hoc tit. non possunt videri delinquere, ac proinde nec poenâ legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes, l. 23. hoc tit. l. 12. ad leg. Corn. de sicar. Sed nec infantia proximis quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, arg. §. pupillus 9. sup. de inut. stip. (1). Gom. 3. resol. 1. num. 57. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest, ita & impubes qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad poenam ex delictis obligantur, hoc text. l. III. de div. reg. jur. l. 23. hoc tit.

## TEXTUS.

## Collatio actionum.

19. Furti actio, sive dupli

- (1) L. 17. tit. 14. P. 7.  
(2) L. 18. tit. 14. P. 7.

sive quadrupli, tantum ad poenæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus (2); quam aut vindicando aut condicendo potest asferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet. Conditio autem adversus furem ipsum, heredemve ejus, licet non possideat, competit (3).

## COMMENTARIUS.

**I** Actio furti sive manifesti sive nec manifesti poenæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. 18. infr. de action. (4). Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio, & conditio; quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, l. 54. §. 2. hoc tit. l. 7. §. 1. de condit. furt.

**2** Habet dominus] Furti actio datur omnibus quorum interest furtum factum non esse, §. 13. sup. At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vindicatione quærat, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure domini duntaxat datur, d. §. 18. infr. de action. l. 1. de cond. furt. Quod solus dominus rem surreptam vin-

- (3) L. 20. cod.  
(4) L. 18. tit. 14. P. 7.

dicare potest, mirum non est; cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, l. 23. de rei vindic. §. 1. infra de action. Quod autem domino adversus furem datur etiam conditio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, l. ult. in fin. usufr. quem. sav. §. 14. infr. de action. Sed cur non datur ei cujus interest, etsi dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini.

**3** Adversus furem] Conditio furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse, heresve ejus, hoc textu, l. 5. de cond. furt. (1).

**4** Heredemve ejus, licet non possideat] Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem heredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Conditio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum heredemve ejus, hoc textu, l. 1. de cond. furt. l. 1. de priv. delict. Quod conditio etiam in heredem furis datur, in eo quoque differt

ab actione furti, quam constat in heredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. infra de perp. & temp. action. (2). Cur vero tam varie? neque enim minus conditio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quam actio furti, l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. de cond. furt. Nimirum quia una rei persecutoria est, altera poenalis; id est, quia conditio furtiva tantum comparata est ad persequendum id quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, l. 7. §. 2. de cond. furt. junct. d. §. 1. infr. de perp. & temp. action. Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in heredem transire, non quia ex delicto est, sed quia poenalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, §. 9. infr. ad leg. Aquil. Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus quæ in heredem non dantur, concepta est de iis quæ poenales sunt ex maleficio, d. §. 1. infr. de perp. & tempor. action. l. 38. l. III. §. 1. de div. reg. jur. & simil. An autem conditio furtiva transeat adversus heredem in solidum, in §. 1. infr. de perp. & temp. action. tractabimus.

- (1) L. 20. cod.

- Ddd 2  
(2) D. l. 20.

## TITULUS SECUNDUS.

## DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. Tit. 8. C. Lib. 9. Tit. 33. (1).

**S**ecunda species delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio; rapina violenta. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam, quam clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata; l. 2. §. 1. hoc tit. Inscribitur hic titulus: *De vi bonorum raptorum*. Subaudi *actione*: quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, *turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsivam, & ablativam*. Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativa comprehendimus. *Turbativa* est: *Cum possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, sive id faciat manu & corpore, sive opere facto: illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, uti pos-*

*sidetis in rebus soli, utrobi in rebus mobilibus: hic interdictum quod vi aut clam. Compulsiva vis est: Cum quis minis justaque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienatum: quæ edicto quod metus causa coercetur. Expulsiva est: Cum quis de possessione alicujus rei deicitur: adversus quam comparatum est interdictum unde vi. Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Julii de vi publica & privata, §. 6. infr. de interd. Ablativa vis (de qua hic agitur), est: Quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus, quibus expulsiva, coercetur, d. l. 2. §. 1. hoc tit. & præterea ei cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus est loci.*

## TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit tenetur quidem etiam furti (1) quis enim magis alienam rem invito

domino contrahat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse); sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: & est intra annum quadrupli, post annum simpli (1). Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pena est, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut pena tripli sit (2), sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.

## COMMENTARIUS.

**T**enetur etiam furti]

Quamvis verbum furtum stricte & in specie sumptum, rapinam non contineat, quatenus hæc vi & aperte fit, illud vero clanculum & occulte: tamen si late accipiatur, rapinam etiam comprehendit; quia ut hic ait Justin. qui vi rapit, rem alienam invito domino contrahat: unde nedum fur, sed improbus fur dici solet qui rapit, hoc textu. Cui consequens, ut etiam furti actione teneatur: proindeque non levioris, sed gravioris conditionis est, quam qui clam amovet, cum impudentia crimen augeat. Quod autem aliquando levius ducitur quod palam committitur,

quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie l. ult. de rit. nupt. & l. 54. de adm. tut. quod hic dici nequit.

2 Propriam actionem] Etiam speciali edicto contra ea quæ vi committuntur, Prætor consulit, l. 2. §. 1. hoc tit. ut innotesceret, Prætolem quoque curam agere reprimentæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, arg. l. 5. §. 1. naut. caup. stab. junct. §. sic 14. infr. de act.

3 Intra annum quadrupli] d. l. 2. §. 13. Nimirum actio hæc honoraria est, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur, l. 35. de obl. & act. (3). speciale enim est, quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex Prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit. Sed hoc, quia origine civilis est, & a Prætole non de novo introducta, sed immutata, ut diximus in § 5. tit. præced.

4 Unam rem, licet minimam] d. l. 2. §. 11. Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed aut atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placeat dari actionem de dolo, l. 9. §. ultim. cum 2. ll. seqq. de dolo? Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum quod jure civili ratum est, non putavit

(1) L. 3. tit. 13. P. 7.

(2) D. l. 3. &amp; l. 2. d. tit. 12.

lib. 8. Recop.

(3) D. l. 3.

(1) Tit. 13. P. 7. &amp; tit. 12. lib. 8. Recop.

vic Prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

5 In quadruplo inest & rei persecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum a Prætoris proposita, non est mere pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantum sit tripli, §. 19. *infr. de action. (1).*

## TEXTUS.

## Adversus quos datur.

1. Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel rem se moventem, licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus re-

(1) D. l. 3. tit. 13. P. 7. & d. l. 2.

(2) L. 10. cum seqq. tit. 10.

bus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res solè fiunt: ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant. (2).

## COMMENTARIUS.

I Quemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & luri faciendi causa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cum crederet, rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam a possessoribus auferre, hoc iudicio de vi bonis raptis non tenetur, l. 2. §. 18. hoc tit. sed nec furti tenetur, hoc textu. Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

2 Sed ne, dum talia excogitantur] Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprie agant impulsu: sed si quis putet, se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per Judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuius privato permittatur id quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad-

P. 7. l. 8. eod. & l. 1. tit. 13. lib. 4. Recop.

## TEXTUS.

## Quibus datur.

rixam & arma quotidie procedere, l. 176. de div. reg. jur. Itaque etsi is qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum multari placuit; & si quidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere, si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare, hoc textu. Creditor qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, l. 13. quod met. causa, l. penult. ad leg. Jul. de vi privata (1); atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, l. 3. C. hoc tit. & publico iudicio legis Julæ de vi privata tenetur, l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.

3 In invasionibus] l. 7. C. unde vi. Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat, invasor & invadere dicitur.

4, IN HISPANIA probatæ, sunt pœnæ amissionis crediti, & dominii, statutz adversus creditores, & dominos qui res, debitorum & proprias ab alio, possessas propria auctoritate vi occupant, l. 11. tit. 13. P. 5. & l. 10. tit. 10. P. 7. ut in margine notavimus. Harum tamen & similium legum pœnas, totius christiani orbis usu & praxi antiquatas esse, testatur, D. Covarr. 3. var. cap. 16. n. 7.

(1) L. 11. tit. 13. P. 5. l. 14. tit. 10. P. 7.

2. Sane in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habet. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignoratæ, sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri (veluti si in deposita re culpam quoque promisit), sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rapi, dicendum est, eî competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantiâ ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem (2).

## COMMENTARIUS.

I VI bonorum raptorum is agit, qui in eum qui clam amovit, furti agere potest, id est, is cujus interest, hoc text. in fine.

2 Sive ex bonis] Ex bonis esse hic ea dicuntur, quorum, cum aliena sint, vel emolumentum,

(2) L. 2. tit. 13. P. 7. junct. l. 9. cum seqq. tit. 14. eod.

tum, vel usus, vel periculum ad nos pertinet, ut etiam in l. 2. §. 22. hoc tit. In bonis ea quæ jure civili aut gentium ita nobis acquisita sunt, ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba

*in bonis latius accipiuntur, l. 49. de verbor. sign. l. 52. de acquir. rer. domin. Nonnunquam promiscue utramque dicitur & idem valet, in bonis & ex bonis, l. 1. de usufr. legat.*

## TITULUS TERTIUS.

## DE LEGE AQUILIA.

Dig. Lib. 9. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 35. (1)

**T**ertia species delicti ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter est: *Detractio vel deminutio rei alienæ, sive illa lucri causa fiat, sive nullius lucri gratia & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis.* Nam damnum ab ademptione & quasi deminutione patrimonii dictum est, l. 3. de damn. inf. Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo quod contingit cum interitu aut corruptione rei & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuriâ, seu non jure, aut, quod idem valet, culpâ, §. 2. & 3. inf. Atque hoc damnum est quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc tit. explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

(1) Tit. 15. P. 7.

## TEXTUS.

## Caput primum.

*Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam; cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur (2).*

## COMMENTARIUS.

**A**lienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero] Primum legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, l. 2. hoc tit.

(2) L. 18. d. tit. 15. P. 7.

Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia: quia liberi corporis nulla est æstimatio; sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpâ, pœna lenitur, l. 1. §. 3. de sicar. Cæterum si de damno sarcieno civilliter disceptetur, tenetur is qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in Medicos; iisque quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habitæ ætatis occisi, valebat, Grot. lib. 3. introd. cap. 33.

2 In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, d. l. 2. in pr. de quo plura infr. §. 9. (1).

## TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim

Tom. II.

(1) D. l. 18.

(2) D. l. 18.

pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait (sicut Ælius Murcianus in suis institutionibus refert (2):

Δήεις τόγγε σέεσσι παρήμενον, οὐ δὲ νέμονται

Παρ' Κόρανος πέτρῃ, ἐπὶ τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est:

Assidet is suibus, quorum grex magnus in agris

Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

## COMMENTARIUS.

**P**ecudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestię, veluti ursi, leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, d. l. 2. §. 2. (3).

## TEXTUS.

## De injuria.

2. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit (4). Itaque qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.

Eec

(3) D. l. 18. tit. 15. P. 7.

(4) L. 6. tit. 15. P. 7.

Hic

*Hic textus planus est. Verbo injuria significari hic etiam culpam levissimam, & quare, mox videbimus.*

## TEXTUS.

## De casu, dolo &amp; culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniantur (1). Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa, quisque hac lege tenetur.*

## COMMENTARIUS.

I *Non minus ex dolo, quam ex culpa*] Inversio est; dicere voluit, non minus ex culpa, quam ex dolo occidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *pr. sup. de her. instit.* apud Ulpianum l. 7. §. 8. *de pact.* l. 3. §. 2. *de incend. ruin. naufr.* apud Callistratum l. 85. *de solut.*

## TEXTUS.

## De jaculatione.

4. *Itaque, si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur; nam si id a milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admisserit, cul-*

(1) *L. 6. eod. l. 4. d. tit. 8. P. 7. & l. 13. tit. 23. lib. 8. Recop.*  
(2) *L. 6. d. tit. 15. P. 7.*

*pæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admisserit (2).*

## De putatione.

5. *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpa reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Atque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit; quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi (3).*

## De curatione relicta.

6. *Præterea si Medicus, qui servum tuum secuit, reliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpa reus erit (4).*

## De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpa numeratur, veluti si Medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit (5).*

De

(3) *D. l. 6. vers. Otrosi.*  
(4) *L. 9. eod.*  
(5) *D. l. 9.*

## De imperitia &amp; infirmitate Mulionis, aut equo vecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

## COMMENTARIUS.

I *A*fferuntur hic varia exempla hominis occisi, & damni dati citra dolum, & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur; ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, l. 44. *hoc tit.* & recte: nam cum potior semper sit causa ejus qui damnum patitur, quam qui dat, æquum est, damnum quacunque culpa datum sarciri ab eo qui dedit.

2 *A milite in eo campo*] Duæ circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum a culpa absit, & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus est. Qua de causa si vel

(1) *Arg. d. l. 6. tit. 15. P. 7.*

paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, d. l. 9. §. ult. *hoc tit.* Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transeuntem transfixerit, extra culpam esse videtur (1).

3 *Si putator ex arbore dejecto ramo*] Arborem putare, factum plane licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest, ut in *textu* explicatur.

4 *Imperitia quoque culpæ &c.*] Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod proficitur, culpæ adscribitur, si quid circa ea quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, l. 9. §. pen. l. 13. *locat.* l. 27. §. 29. *hoc tit.* eoque pertinet l. *imperitia* 132. *de div. reg. jur.* Itaque, si Medicus servum tuum imperite secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, l. 7. *in fin.* & l. *seq. in pr. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. 6. *var.* 19. Diligenter autem considerandum est, ne quod vi morbi contigit, id Medici imperitiæ aut culpæ adsignetur: nam eventus mortalitatis Medico imputa-

Ee 2

ri

ri non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, l. 6. §. 7. de off. Præs. Culpa Medici raro in iudicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata Medicorum terra occultat; beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli Medico hominem occidere impune esse.

5 Impetu quoque mularum &c.] Mulio cuius ob imperitiam vel infirmitatem, impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus qui impetum equi quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, l. 8. §. 1. ead.

## TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur  
& de heredibus.

9. His autem verbis legis: Quanti id eo in anno plurimi fuerit, illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit (1); qua ra-

(1) L. 18. cum seq. d. tit. 15. P. 7.

(2) L. 3. eod.

tione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem: quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat, in heredem eam actionem non transire (2), que transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.

## COMMENTARIUS.

I Quanti id eo in anno plurimi] Hæc clausula æstimationem habet damni quoque per eadem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, l. 21. l. 23. §. 3. hoc tit. ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus: quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est (3). Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse dominum Aquilæ agere, pretioque eo æstimandum quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset (4). Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra sentierit, d. l. 21. §. 1.

Pa-

(3) D. l. 18.

(4) L. 19. d. tit. 15. P. 7.

2 Pœnalem esse hujus legis actionem] Actio legis Aquilæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, sufficit posse præsentem æstimationem exsuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

3 In heredem non transire] Constat, hanc actionem heredi dari: sed in heredem non datur, cum sit pœnalis; nisi forte ex damno locupletior heres factus sit, d. l. 23. §. 8. hoc tit. (1), aut lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. infr. de perp. & temp. act. (2).

4 Que transitura fuisset] Ait, actionem legis Aquilæ in heredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis: transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus aperte confirmat eorum sententiam qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniant, in heredem dari; de quo latius alibi §. ult. supra de oblig. que ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act.

## TEXTUS.

## Quid æstimatur.

10. Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea, que diximus; sed eo

(1) D. l. 3.

(2) D. l. 3.

amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam, constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comædis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatione, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt (3).

De concursu hujus actionis  
& capitalis.

II. Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex iudicio privato legis Aquilæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.

Hi duo §§. nullam desiderant interpretationem.

## TEXTUS.

## Caput secundum.

12. Caput secundum legis Aquilæ in usu non est.

## COMMENTARIUS.

I Secundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudine

(3) D. l. 19. tit. 15. P. 7.



dinem abierat, ut testis est Ulpianus in l. 27. §. 4. hoc tit. Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quandam, re nostra illæsa. Vide, si placet, Heinec. in *Antiquit. Romanæ. hoc tit. §. 9.*

## TEXTUS.

## Caput tertium.

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quanquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta; sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique res-*

*ponsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumpetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri (1).*

## COMMENTARIUS.

I **I**N hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium quæ in bonis alicujus sunt, vel vulnera vel cædes; omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in iudicium vocantur, l. 27. §. 5. hoc tit. Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominum membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, l. 13. eod. quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiosam. l. 7. eod. l. 52. §. 16. pro soc. Cujac. 21. observ. 20. Add. Grot. 3. introd. cap. 34.

2 **R**uptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum] Neque obstat, quod lex distinctim hæc tria exprimit: usserit, frerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum quo specialia complectatur, l. 27. §. 13. cum 2. §§. seqq. hoc tit.

## TEX-

(1) D. l. 18. tit. 15. P. 7. vers. E si.

## TEXTUS.

## De dolo &amp; culpa.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri (1); ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit (2).*

## COMMENTARIUS.

I **S**I dolo aut culpa] In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causâ ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet (3). At si omnia quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, l. 30. §. pen. hoc tit. Singulare id ha-

(1) L. 1. d. tit 15. P. 7.

(2) L. 18. eod.

bet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, cum alius verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, l. 53. ff. de furt. quasi delictum ex culpa. Unde non absurde Thomasius damnum injuria datum & veris & quasi delictis accenset: quamvis facta a potiore denominatione, potius verum delictum dicatur.

2 **Quanti in diebus triginta]** Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tantis æstimatur, d. l. 27. §. 5. hoc tit. qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quam in primo, tanquam in delicto leviore.

## TEXTUS.

## Quanti damnum æstimetur.

15. *Ac nec plurimi quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset (4): nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.*

I **H**ic textus omnino clarus est.

2 **I**N HISPANIA hæc damni, æstimationes computando tem-  
pus retrorsum usu non servantur; sed omne damnum, injuria datum arbitrio Judicis, æstimatur, & læso sarcitur,

ut

(3) L. 10. eod.

(4) D. l. 18.

, ut monet Anton. a Torres hoc  
tit. in pr.

## TEXTUS.

De actione directa, utili,  
& in factum.

16. Cæterum placuit, ita de-  
mum directam ex hac lege actio-  
nem esse, si quis præcipue cor-  
pore suo damnum dederit. Ideo-  
que in eum, qui alio modo da-  
mnum dederit, utiles actiones da-  
ri solent: veluti si quis hominem  
alienum, aut pecus ita incluse-  
rit, ut fame necaretur: aut ju-  
mentum ita vehementer egerit, ut  
rumperetur: aut pecus in tantum  
exagitaverit, ut præcipitaretur:  
aut si quis alieno servo persua-  
serit, ut in arborem ascenderet,  
vel in puteum descenderet, & is  
ascendendo vel descendendo, aut  
mortuus aut aliqua parte corpo-  
ris læsus fuerit, utilis actio in  
eum datur. Sed si quis alienum  
servum aut de ponte aut de ri-  
pa in flumen dejecerit, & is  
suffocatus fuerit, eo quod pro-  
jecit, corpore suo damnum dedisse  
non difficulter intelligi pot-  
est: ideoque ipsa lege Aquilia  
tenetur. Sed si non corpore da-  
mnum fuerit datum, neque cor-  
pus læsum fuerit, sed alio mo-  
do alicui damnum contigerit, cum  
non sufficiat neque directa, ne-  
que utilis legis Aquiliæ actio,  
placuit, eum, qui obnoxius fue-  
rit, in factum actione teneri:  
veluti si quis misericordia ductus  
alienum servum compeditum sol-  
verit, ut fugeret.

## COMMENTARIUS.

1 UT hic locus plene in-  
telligatur, sciendum  
est, non uno semper & ejusdem  
oppositionis intuitu nomen actio-  
nis aut directæ aut utilis a ve-  
teribus usurpari. Nam primum  
directa actio dicitur principalis,  
opposita vel præparatoriæ, puta  
actioni ad exhibendum, l. 3. §.  
13. l. 17. ad exhibend. vel con-  
trariæ, ut actio directa commo-  
dati, depositi, pigneratitia &c.  
Vide nostra ad §. 2. sup. qd.  
mod. re contr. oblig. Deinde  
actio ordinaria ex delicto, oppo-  
sita noxali, directa quoque vo-  
catur, §. 5. inf. de nox. actio.  
Postremo, directa actio dicitur  
ad differentiam actionis utilis: quæ  
consideratio hujus loci propria est.

2 Utilis actio sic in univer-  
sum describi potest: Actio, quæ  
deficiente stricta juris ratione, et  
æquitate introducitur. Id vero fit  
bitariam: vel interpretatione Ju-  
risconsultorum; vel etiam jure  
expresso, tum prætorio, tum  
etiam civili æquitatem sectante.  
Actiones prætoricæ in relatione ad  
jus civile strictum, omnes dicun-  
tur utiles, tametsi aperte verbis  
edicti propositæ sint, §. 4. infra  
de action. l. 16. §. ult. de pign.  
act. cum simil. Quanquam si jus  
prætorium absolute spectamus,  
quædam actiones hoc jure proditæ,  
directæ; quædam utiles appellari  
possunt: directæ, quæ ipsis edi-  
cti verbis proponuntur; utiles,  
quas verbis cessantibus Pruden-  
tum

tum interpretatio induxit, l. pen.  
§. ult. de his qui dejec. vel effud. l.  
22. de pignor. Sed & jus civile  
nonnunquam verbis expressis uti-  
les tantum actiones tribuit, ni-  
mirum quoties ratio juris impe-  
dit, quominus directæ dentur:  
veluti si directæ jam sint apud  
alium. Nam ratio juris non patit-  
ur, ut aut apud duos simul di-  
recta sit actio, aut ab eo cui illa  
semel competere cœpit avulsa,  
in alium transferatur. Hinc est,  
quod ei cui nomen venditum,  
legatum, donatumve est, non  
directa, sed utilis actio rescriptis  
Imp. datur, quia scilicet ex ra-  
tione juris directa penes vendito-  
rem, heredem, donatorem ma-  
net, l. 16. de pact. l. 1. C. de  
oblig. & action. Idemque contingit  
in actionibus quæ ex senat.  
Trebelliano competunt fideicom-  
missario. Pari de causa, quia  
ratio juris civilis non patitur, ut  
nostra conventionem alteri actio-  
nem quæramus, quibusdam casi-  
bus hic utilis actio constitutioni-  
bus introducta est, l. 3. C. de  
donat. quæ sub mod.

3 His autem casibus, & si  
qui sunt similes, demptis, actio  
directa dicitur: Quæ ex verbis  
legis, eoque quod scriptum est,  
descendit. Scriptum autem etiam  
illud & verbis comprehensum in-  
telligi oportet, quod voluisse Le-  
gislatorem constat, etiamsi id  
verbis aperte expressum non sit.  
Ut ecce, lege Aquilia, qui da-  
mnum dedit, expresse jubetur  
ejus damni æstimationem præsta-  
re. Illud non exprimitur, da-  
mnum tanti æstimandum, quan-

Tom. II.

ti intersit damnum datum non  
esse. Cæterum quia damnum sar-  
ciri lex voluit, ex voluntate le-  
gis hoc sic acceptum est, quasi  
scriptum esset, ejus omnis quod  
interest, æstimationem fieri de-  
bere; ac proinde etiam ejus no-  
mine quod extrinsecus interest,  
directa ex lege actio competit,  
§. illud 10. supr. eod. At vero  
ubi longius proceditur, atque ex  
scripto & sententia controversiâ  
orta, actio inducitur per inter-  
pretationem & extensionem ali-  
quam, tanquam ex mente Le-  
gislatoris, ea non directa, sed  
utilis est: quanquam vi & effe-  
ctu juris a directa non differt, l.  
47. de neg. gest. Quod si & ver-  
ba & sententia legis deficiunt,  
hic Prætor defectum legis, utili-  
tate id exigente, supplere solet  
reddendo actiones in factum, l.  
11. de præscript. verb. Quæ om-  
nia exemplis in textu illustran-  
tur.

4 Illud etiam hic obiter no-  
tandum, appellatione actionis in  
factum nonnunquam significari ac-  
tionem illam utilem, quam ex  
sententia legis per interpretatio-  
nem induci diximus: ut videre  
est in l. 7. §. 3. l. 9. in pr. l.  
11. §. 8. hoc tit. Proprie autem  
eo nomine designari actionem ab  
illa utili distinctam: quæ scilicet  
id factum persequitur, cui nec  
oratio nec sententia legis conve-  
nit; d. l. 11. de præscript. verb.  
& hoc text. in fin. Illa in factum  
civilis, hæc in factum prætorica  
dicitur, & tota subsidiaria est.

5 Neque corpus læsum] Lex  
Aquilia de corpore preëmpto aut  
Fff

cor-

corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea quæ jam dicta sunt, *d. l. 11. l. 33. in fin. hoc tit.*

6, IN HISPANIA leges 4.

, 20. & 21. tit. 15. P. 7. pro-  
bant *hujus textus* doctrinam,  
quatenus dantem damnum pe-  
næ subjiciunt in casibus qui hoc  
exprimuntur *textu*. Cæterum a-  
ctionum distinctio in directam,  
utilem, & in factum, quæ in  
eodem fit, apud nos inco-  
gnita.

## TITULUS QUARTUS.

### DE INJURIIS.

*Dig. Lib. 47. Tit. 10. C. Lib. 9. Titt. 35. & 36. (1).*

I **Q**uarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua poena vindicetur, quæ circumstantiæ eam augeant, aut minuant, & denique quomodo aboleatur, *hic* docebitur.

#### TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

*Generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit: specialiter, alias contumelia, quæ a contemnendo dicta est, quam Græci ὕβρις appellant: alias culpa, quam Græci ἀδύμια dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam*

(1) Tit. 9. P. 7. & tit. 10. lib. 8. Recop.

*Græci ἀνομιὰν καὶ ἀδύμιαν vocant: cum enim Prætor vel judex non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur.*

#### COMMENTARIUS.

I **O**mne quod non jure fit] Quicquid non jure fit generali verbo *injuria* dicitur. *l. 1. hoc tit.* ubi Ulpianus ad injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum quo nocetur detrahiturque quæ alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam late patet, quam injustitia est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in *Paradoxo*. Quocumque aspexisti, ut furis, sic tuæ tibi occurrunt injuria, quæ te respirare non sinunt. *In-*

## De injuriis.

*juris*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuris sic generaliter dictæ Justinianus tres species *hic* commemorat, uti & Jurisconsultus in *d. l. 1. contumeliam*, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ: quibus tamen genus propositum non exhaustur. Adeundus omnino Arist. *lib. 5. Ethic.*

2 *Specialiter, alias contumelia*] *Specialiter* injuria primum pro contumelia accipitur, ut in *hoc tit. l. 27. §. 2. de pact.* ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significato injuria est: *Omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum* (1).

3 *A contemnendo*] Contumelia a contemptu (Seneca quoque auctore) dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

4 *Alias culpa, sicut in lege Aquilia*] Lex Aquilia injuriæ verbo culpam intelligit, ut vidimus *tit. præced.* Atque hæc est secunda injuriæ species.

5 *Non jure contra quem pronunciat*] Tertio circa judicia, injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si Judex inique sententiam dixerit, eum qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum cum Judex dolo malo aut largitione corruptus, perperam pronunciat, sed etiam cum per

errorem aut imprudentiam, *l. 5. de evict.* effectu tamen juris inter hæc facta multum interest: & alterum vere maleficium est; alterum proprie non est, sed quasi maleficium: de quo vide *pr. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in *l. pen. de just. & jur. legimus*, Prætorum quoque jus reddere, cum inique decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id quod Prætor fecit, sed ad illud quod Prætorum facere convenit: sive nomine relato ad id quod videtur, non quod est.

#### TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

I *Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit: sed & si cui convitium factum fuerit* (2): *sive* cujus bona, quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere (3): *vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolore malo fecerit, quo quid eorum fieret* (4): *sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adsedatus fuerit* (5), *sive cujus pudicitia attentata esse dicitur: & denique aliis plurimis*

(1) L. 1. d. tit. 9. P. 7.

(2) D. l. 1.

(3) L. 6. cod. vers. En otras.

(4) L. 3. d. tit. 9. P. 7.

(5) L. 5. eod.

*mis modis admitti injuriam manifestum est* (1).

## COMMENTARIUS.

I Interpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii & frequentius ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, l. 1. §. 1. *hoc tit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis (2). At potest etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida prostant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri posse nemo dubitaverit.

2 *Cum quis pugno pulsatus*] Proprie injuria realis est, quoties manus inferuntur, d. l. 1. §. 1. Sed & illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis infertur re aut facto aliquo quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, l. 13. §. 3. *eod.* aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate Judicis, l. 20. *eod.* (3): cui simile quod *hic* proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indicia publice uratur, puta lugubri aut squalida veste, aut si demittat barbam, submittatque capillos, l. 15.

(1) D. l. 5.

(2) D. l. 1. l. 6. *eod.*

§. 27. l. 39. *eod.* Cujac. 6. *obs.* §. & alia hujusmodi, quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt.

3 *Convitium factum*] l. 15. §. 2. & *seqq. hoc tit.* hæc injuria verbalis est. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel a con-citatione, vel a conventu, hoc est, a collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quasi *convocium*. Atque ex eo apparere, non omne *maledictum* convitium esse, sed illud solum quod cum vociferatione dictum est; sive unus sive plures in coetu dixerint: quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convitium non proprie dici, sed infamandi causa dictum, d. l. 15. §. 4. & §. 11. cum *seqq.* Animadvertendum autem, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse: veluti si quis non debitorem, quasi debitorem appellaverit, d. l. 11. §. 33. *eod.*

4 Tria fere *hic* quæri solent. Primum est, an veritas convitii excuset injuriantem. Interpretes vulgo respondent, excusare, si id quod objicitur, tale est, ut publice intersit illud sciri; veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Jurisconsulti in l. 18. *in pr. hoc tit.* ubi ait, eum qui nocentem infamavit, non esse bonum & equum condemnari: peccata enim nocentium nota esse oportere &

(3) D. l. 6.

expedire. Hoc autem vel maxime procedet, si infamaverit apud Magistratum; quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinquere non debere, l. 3. C. *de off. Reçt. prov.* Sin autem quod objicitur, innotescere nihil interest, puta si alter poenam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarium tamen probationem hic admittendam, arg. l. 5. C. *eod.* Ita ferme Gom. 3. *resol.* 6. n. 2. Covarr. 1. *resol.* 11. n. 6. & 7.

5 Alterum est, an injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi, veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronunciari solet. Vide Covarr. 1. *resol.* 11. num. 1.

6 Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoscendum ei qui se ulciscitur provocatus, arg. l. 14. §. 6. *de bonis libertor.* Cæterum non quibuscunque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis

quæ ad vindictam tendunt, sed tantum quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dicit poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentia.

7 *Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen*] Ad injuriam verbalem cum plerisque retulimus etiam eam quæ scriptura fit, cujus species atrocissima, est *famosus libellus*, sive, ut veteres locuti sunt, *malum carmen*. Nunc vulgo *Pasquillus* vocatur ex eo quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi soleant. Poena mali carminis ex lege XII. Tab. capitalis fuit, ut apparet ex loco Ciceronis 4. *de Republica* quem citat Augustinus 2. *de civ. Dei*, cap. 9. Sed poena capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis instabilis esse jubetur, l. 5. §. 9. *hoc tit.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione quæ extat in l. *unic. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem poena etiam is peccati jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit.

8 Cæterum tum demum poena capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquid crimen objiciatur ad creandum

dum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coerceretur auctor, qua coerceri meretur crimen illud quod in libello objicitur. Alias vero mitius & poena extraordinaria hoc genus petulantiae vindicatur, secundum Gloss. in *d. l. unic. Gom. 3. resol. 6. num. 1.*

9 *Qui matremfam. aut prae-textatam prae-textatamve adsectatus*] Assectatur qui tacitus frequenter sequitur. Assidua enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam, Ulpian. *l. 15. §. 22. hoc tit.* Quibus verbis meo iudicio Jurisconsultus significat, assectationem propterea turpem esse, quia videtur quis assectatae feminae pudicitiam offendere (1). Materfamilias dicitur: *Quelibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua, l. 46. §. 1. de verb. sign.* Praetextati dicebantur: *Qui praetexta adhuc & bulla utebantur*: quod fiebat usque ad annum decimum septimum; quo tempore togam virilem sumebant deposita praetexta puerili, ut meminit Cicero in *proaemio Laelii*. Hinc aetas praetextata Gellio *lib. 1. noct. cap. 23.* mores praetextati Juvenali *satyr. 2. vers. ult.* sermo praetextatus, qui aliis est sermo aperte obscenus, Sueton. in *Vespas. cap. 22.* Macrobr. *2. Saturn. 1.* aliis qui nihil obscenitatis habet. Vid. Budæum ad *l. ult. de Senat.*

10 *Pudicitia attentata*] Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, in-

(1) *D. l. 5. d. tit. 9. P. 7.*

juriam facit, atque hac actione tenetur, *l. 9. §. ult. cum l. seq. hoc tit. (2)*, hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Praetor appellandi verbo usus est, ut apparet ex *d. l. 15. §. 20. & §. 22.* Appellare, ait *ibi* Jurisconsultus, est: *Blanda oratione alterius pudicitiam attentare.* Quod quidem non est convitium facere, sed alia verbalis injuria.

11 *IN HISPANIA*, licet, in *vers.* Pero *l. 1. tit. 9. P.*, generaliter statuatur, veritate, probatam convitii excusare, juriantem ab omni poena: tamen Interpretes nostri distinctionem probant, quam nuper, *num. 4. hujus §. tradidimus ex Romanorum jure, D. Covarr. lib. 1. var. cap. 11. n. 6.* cum seq., *Gom. 3. var. cap. 6. num. 1.* & *ibi* Ayllon cum aliis, *Maymo, hoc tit. num. 3.* Caterum rationes duæ quibus expresse nititur, decisio *d. l. 1.* haud facile admittunt distinctionem istam, ut fatetur Gregor. Lop. in *gloss. 7. ejusd. l. 1. prope fin.* licet in principio ipsius gloss. justitiam laudatae distinctionis agnoverit, Si autem injuria in scriptis fiat, criminis objecti veritatem non excusare injuriantem cautum est, *l. 3. d. tit. 9.* Idemque statuit, *l. 2.* de eo qui injuria affecerit, suum ascendentem, patronum, dominumve.

12 *Insuper d. l. 3.* expresse probat opinionem Gloss. de poena famosi libelli, quam su-

(2) *D. l. 5.*

*pra num. 8.* retulimus, dum statuit eos qui famosum libellum componunt, scribunt, aut aliis ostendunt, eadem poena mortis, exilii, aliave puniendos, quæ crimini in libello objecto, respondet.

### TEXTUS.

#### Qui & per quos injuriam patiuntur.

2. *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam; id enim magis prevaluit. Itaque si filiae alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiae nomine etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendunt enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

### COMMENTARIUS.

1 **P**atitur quis injuriam non solum directe per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patiuntur, pater per liberos quos in potestate habet; dominus per servos; maritus per uxorem; socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est: non vero uxor per ma-

(1) *L. 13. tit. 9. P. 7. vers. E. aun.*

ritum, cujus ratio in *textu* est. Etenim ad nos quoque spectat injuria quæ iis fit, qui vel potestati vel affectui nostro subjecti sunt, *l. 1. §. 3. hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hereditatem facta, herediti quodammodo facta censetur. Semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus cui heredes extitimus, lacessatur (1). Si vero id ante aditam hereditatem fiat, magis hereditati fieri videtur, & sic heredi per hereditatem acquiritur, *d. l. 1. §. 4. & §. 6.*

2 *IN HISPANIA*, cum *l. 9. tit. 9. P. 7.* jus Romanorum probans, duntaxat actionem injuriarum patri concedat ob injurias illatas liberis quos in potestate habet; deneganda erit avo, & socero: quia ut sæpe diximus in *lib. 1. patria potestas*, solvitur apud nos per matrimonium filii: quod & monet Greg. Lop. in *gloss. 3. d. l. 9.*

### TEXTUS.

#### De servo.

3. *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum*

actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit; nulla in eum actio domino competit (1).

## COMMENTARIUS.

I **S**ervis ipsis nulla unquam injuria fieri intelligitur, ut habemus in *text.* sed domino tantum & in casu duntaxat *videm* expresso. Cæterum Prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviolem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non relinquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l. 15. §. 34. cum seq. & §. 43. cum seq.*

## TEXTUS.

## De servo communi.

4. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum personâ, quia ipsis fit injuria.

## COMMENTARIUS.

I **O**b injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur; sed cum

(1) *L. 9. tit. 9. P. 7. vers. Pero.*

commensu seu relatione ad partes eorum dominicas: non in solidum pro unoquoque, *l. 16. hoc tit.*

## TEXTUS.

## De servo fructuario.

5. Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii magis Mævio injuria fieri intelligitur.

## COMMENTARIUS.

I **D**octrina hujus §. intelligenda est in re doli. Nam si aperte in contumeliam usufructuarii servus verberatus sit, usufructuario injuriam actio datur, *l. 15. §. pen. hoc tit.*

## TEXTUS.

## De eo qui bona fide servit.

6. Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit: tunc enim competi & tibi injuriarum actio (2). Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.

*Textus iste nulla indiget expositione.*

## TEX-

(2) *L. 10. d. tit. 9. P. 7.*

## TEXTUS.

## Pœna injuriarum ex lege XII. Tab. &amp; ex jure prætorio.

7. Pœna autem injuriarum ex lege XII. Tab. propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummaria pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut *judex vel tanti reum condemnnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit* (1). Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege XII. Tab. introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt (quæ etiam honoraria appellatur), in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem, crescit, aut minuitur æstimatione injuriæ: qui gradus condemnationis & in servili personâ non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in mediis actus homine, aliud in vilissimo vel compedito jus æstimationis constituatur.

## COMMENTARIUS.

I **I**njurie & legibus coercentur, & edito Prætoris. Lex antiqua XII. Tab. de omni injuria nominatim cavet; de Tom. II.

(1) *L. 21. eod. vers. E si pidiere.*

carminæ seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib. 20. noxt. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit; nam atrociores, ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur; cui & Justinian. consentit: sed neuter summam exprimit.

2. Talio erat] Talio similitudo seu reciprocam perpressionem significat. Imp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est, *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 19. Joseph. antiq. 4. cap. 6.* Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*, testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo Talio.

3. Propter os fractum] Singula ossa membrum non constituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

4. In magna veterum paupertate] His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves;

cæterum magnas satis veteribus visas in magna rei nummarie penuria.

5 Sed postea Prætores] Injuriarum pœna instituto Prætorum prius ei cui facta est, deinde arbitrio Judicis æstimanda permittitur; ut scilicet is qui injuria est affectus, ita dicat: *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo*. Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris (1). Hac pœna recepta, legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib. 20. cap. 1.* refert, fuisse quendam Lucium Veratium hominem insigniter improbum qui pro delictamento habebat, os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcumque depalmarat, ei numerari statim secundum XII. Tab. 25. asses jubebat. Merito igitur Prætores huic legitimæ pœnæ aliam substituerunt.

6 Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem] Æstimatio injuriæ pro ratione personæ cui facta est, elationem submisionemve accipit.

### TEXTUS.

#### Ex lege Cornelia.

8. Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel

domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.

### COMMENTARIUS.

1 Tres sunt causæ ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita sit. *l. 5. hoc tit.*

2 Pulsatus vel verberatus Ofilius scribit, verberare cum dolore cedere: pulsare sine dolore, *d. l. 5. §. 1. hoc tit.* Vide Car. Andr. Duker. *de l. tit. veter. Jurisconsult.*

### TEXTUS.

#### De æstimatione atrocis injuriæ.

9. Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis a alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si in theatro, vel in foro, vel conspectu Prætoris injuria facta sit; vel ex persona, veluti si Magistratus injuriam passus fuerit, vel si Senatori ab humili persona injuria facta sit, an parenti patronove fiat a liberi vel libertis. Aliter enim Senatoris & parentis patronique, alter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis

(1) *D. l. 21. tit. 9. P. 7. vers. E si pidiere.*

quis percussus fuerit (1). Paro autem refert, utrum patrifamilias an filiosfamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur.

### COMMENTARIUS.

1 Injuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligitur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiore & majorem, *l. 7. §. 7. hoc tit.* eaque vel specie talis est, reque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d. l. 7. §. ult. cum ll. seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna Judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in *textu*.

### TEXTUS.

#### De judicio civili & criminali.

10. In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur (2). Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio

introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.

### COMMENTARIUS.

1 Quemadmodum de furto, aliisque maleficiis non tantum civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, *l. ult. de furt. l. ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc textu, & l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quanta ipse injuriam æstimat. Cæterum Judex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione sui, nebulam hic etiam objiciente iracundia, *§. 7. supra eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætorica sit ratione causæ efficientis.

2 Porro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi &

(1) *L. 20. d. tit. 9. P. 7.*

(2) *D. l. 21. tit. 9. P. 7.*

cumulari solet : nam jure civili Romanorum ea actio incognita est.

3 *Zenoniana constitutio*] Exstat in *l. ult. C. hoc tit.* Criminali actione poscitur vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio Judicis poena constituitur, reusque coercetur vel in corpus, vel irrogatione multæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc textu, d. l. ult. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit : quia utraque ad eundem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quond. civil. act. crim. & ibi Bart. num. 2. (1).* Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. hoc tit. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.*

4, IN HISPANIA poenæ injuriantis indigendæ regulariter arbitrio relinquuntur Judicis, ut perspectis circumstantiis eas taxet, *l. 21. tit. 9. P. 7.* Nonnullæ tamen sunt injuriæ quæ certis in jure statutis poenis puniuntur, quales illæ quæ famoso fiunt libello, de quibus *sup. §. 1. item*, quæ ægrotis inferuntur, & quæ exercentur contra sepulchra, ossave hominum in eis sepulta, de quibus agitur in *l. 11. cum seq. eod.*

5, Sed & aliæ sunt, quæ certis puniuntur poenis, quas quia non ita infrequentes, speciatim exprimendas duximus.

(1) *D. l. 21.*

, Traduntur ex earumque poenis, in *l. 2. tit. 10. lib. 8. Recop.*, si nempe quis alterum offenderit eum vocans aliquo ex sequentibus nominibus : *Gasfo*, id est, *Leproso*, *Sodomético*, *Cor-nudo*, *Traydor*, *Herege*; vel aliquam mulierem nuptam appellaverit *Putá*, aliisve convitiis similibus. Qui ita fuerint convitiati ad palinodiam seu recantationem adiguntur & ita ut coram Judice bonisque viris convitia recantent intra terminum a Judice præstiniendum, & insuper multantur poena mille ducentorum marabotinorum, (*maravedises*), seu trecentarum solidorum fisco & injuriam passo pro partibus æqualibus solvendum. Si injurians fuerit nobilis, palinodiam non canit : at poena pecuniaria utque ad quingentos augetur solidos, & alia simul poena, secundum personarum & convitiatorum qualitatem a Judice taxanda punitur. Vide *D. Covarr. lib. 1. variar. cap. 11. & Azeved. in d. l. 2. late examinantes hanc materiam*, ille praxi receptum ait, ut eisdem poenis puniatur qui aliquo convitiis causa, *Judio* appellaverit : hic vero idem probat de eo qui alium dixerit, *Judio* vel *Moro*, ex illis verbis legis : *O otros denuestos e mejantes.*

6, Eadem *l. 2.* poenam decem mille marabotinorum ut *supra* solvendum statuit in eos qui conversum ex falsa aliqua

, religione ad nostram veram christianam, vocaverint, *Tornadizo*, seu *Marrano*, qui si eam solvere nequiverint, quantum poterint solvent, & annum unum detinebuntur in cippo, ibi : *Yaga un año en el cepo*, nisi ante eum finitum, reliquum solverint : solutione etenim completa plenam consequentur liberationem. Optima sane & nunquam obliteranda poena ad frangendos maledicos qui adeo laudabiles conversiones injustissimis opprobriis mordent atque impediunt ! Animadvertendum autem est, verbum *Marrano* significare eum qui ex Judæis descendens, baptizatus & factus christianus est, *Azeved. d. l. 2. num. 254. cum seq. de ejus nominis ratione* vide *Sebastianum de Covarr. in Thesouro lingue Castellane.* Unde, si quis alteri convitiatus fuerit hoc nomine aliam ei tribuens significationem, non poena *d. l. 2.* sed alia mitiori plectendus foret.

7, Et tandem ob injurias verbales minores iis quas ex *d. l. 2.* modo recensimus, poena ducentorum marabotinorum in favorem fisci decernitur in *l. 3. eod.* facultate concessa Judici, ut eam augere possit juxta personarum & injuriarum qualitatem.

#### TEXTUS.

Qui tenentur injuriarum.

11. Non solum autem is in-

(1) *L. 10. d. tit. 9. P. 7.*

*injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur (1).*

#### COMMENTARIUS.

1 Actio injuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. 11. pr. hoc tit.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3.*

#### TEXTUS.

Quomodo tollitur hæc actio.

12. Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex penitentia remissam injuriam non poterit recollere (2).

#### COMMENTARIUS.

1 Injuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Ea que vel expressa est, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat : quod in actionibus quæ ex contractu profisciscuntur facere licet etiam absque infamie nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *l. 17. §. 1. de part.*

(2) *L. 22. eod.*



part. Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse censent juris nostri Interpretes. Cæterum remissâ injuriâ, nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, l. 15. §. 46. hoc tit. Covarr. 2. resol. 10. num. 7. Gomez 3. resol. 3. num. 37. Vel tacita, veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio injuriam excepit, ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in d. l. 11. §. 1. hoc tit. ubi Jurisconsultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quandam condonationis & remissionis injuriæ; iniquum autem esse repeti quod semel remissum est. Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat; is qui dissimulat, nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videbitur & tacite condonare ac remittere.

2 Dissimulationis quoque & tacite remissionis species quædam videtur, si quis cum eo a quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. Utique si sponte & motu proprio (1). Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adver-

sario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Item, si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideo heredi ejus non datur (2), cum cæteræ actiones pœnales etiam heredibus competant, l. 13. in pr. hoc tit. §. 1. infra de perp. & temp. act. Et denique, si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, l. 17. §. 6. in fine hoc tit. l. 5. C. eod. Hunc autem annum non continuum, sed utilem esse, probabilius est, per l. 14. §. 2. quæmet. causa: & facit quod in cæteris prætoriiis actionibus anni utilis est, ut constat ex edictis quibus proponuntur. Quod maxime procedit ratione initii, ut scilicet non incipiat currere nisi a die scientiæ, Fachin. 9. controu. 8. Quæ vero actio ex lege Cornelia venit, sup. §. 8. perpetua est, ut cæteræ ex legibus descendentes, inf. de perp. & temp. act. in pr.

3, IN HISPANIA omnium injuriarum actio anno uno finitur: generaliter etenim loquitur l. 22. tit. 9. P. 7. quæ hunc, constituit terminum, Gomez 3. var. cap. 6. num. 15. Neque ullæ apud nos actiones prætoriaræ; sed omnes lege constitutæ, sunt. Annus autem his actionibus præfinitum utilem esse ratione initii, & continuam ratione decursus, probabilius censemus. Quamvis enim verba illa, d. l. 22. Desde el dia que le fuere fecha la deshonra, videantur probare etiam quoad initium

tium annum debere esse continuum, ut ignorant quoque cur, rat: ea tamen quæ sequuntur; Porque puede ome asmar, que no se tuvo por deshonrado, pues, que tanto tiempo se calló &c. sat manifeste contrarium suadent, ut recte consideravit Gregorius Lopez in glossa 2. ejusd. l. 22.

## TITULUS QUINTUS.

## DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 5. C. Lib. 9. Tit. 3. (1).

1 QUarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficium est: Omne factum quod quis proprie quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficium est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proxime accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta quæ quamvis proprie in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus: quæ ideo nostri quasi maleficia & quasi delicta appellaverunt: quorum quatuor species hoc tit. proponuntur & explicantur.

non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religionis judicantis videbitur, pœnam sustinebit (2).

## COMMENTARIUS.

1 SPecies quasi maleficii & prima ex iis quæ hoc titulo proponuntur, est, si Judex male per imprudentiam judicaverit, quod etiam hoc factum refert Cajus l. 5. §. 4. de oblig. & action. l. ult. de extr. cogn. unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam: nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum, quippe cum sit culpa: ideo

## TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit,

(1) L. 25. cum seq. tit. 15. P. 7.

(2) L. 24. tit. 22. P. 3.

ideo enim Medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. 7. *supra de leg. Aquil.* Cur igitur non item dicimus, Judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia Medici periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ: Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur, l. 9. §. *penult. l. 13. §. 5. locat.*

2 Moribus hujus ævi apud omnes fere gentes neque errata Medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque Judex ex sententia sine dolo malo, tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis.

3 *Litem suam fecerit*] Litem suam facere Judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronunciatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex Judice fit reus. Cicero 2. *de orat. cap. 75.* Quid si cum pro altero dicas, litem tuam facias?

4 *Æquum religioni judicantis*] Judex qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in

id quod ob eam rem æquum Judici videbitur, condemnatur salva existimatione, d. l. ult. *de extraord. cogn.* Hæc actio iis constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde actori, si reus iniuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarcienti causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est.

## TEXTUS.

## De dejectis vel effisis, positis aut suspensis.

1. *Item is, cujus ex coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve alicui est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui a parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu poena decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumque est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum poena constituitur. Si vero vivat, notumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judicis*

videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes Medicis præstitas, cæteraque impendia quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus (1).

## COMMENTARIUS.

I **S**ecunda species quasi maleficii est, non præcavere, ne quid a domesticis temere ex coenaculo aut ædibus dejectur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, l. 5. §. *pen. de oblig. & action.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est a Prætoris actio adversus eum qui in eo coenaculo habitat, unde is casus prodit, l. 1. & passim *de his qui dejec. vel effud.*

2 *Dejectum effusumve*] In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito Prætor edixit: quippe cum publice intersit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, d. l. 1. *in pr. §. 1. & 2.*

3 *Positum aut suspensum*] Tertia species quasi maleficii est, eo loco per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, l. 5. §. 5. *de oblig. & action.* Poenæ hodie Tom. II.

(1) L. 25. cum seq. d. tit. 15. P. 7.

rum quasi delictorum in *textu* memorantur: uti & ratio quæ hæc obligationes non nascuntur proprie ex maleficio.

4, IN HISPANIA poena decem marobotinorum seu maravedisiorum aureorum statuta in eum qui aliquid positum aut suspensum habet, quod alteri nocere potest, pro partibus æqualibus dividenda est inter fiscum & accusatorem, l. 26. tit. 15. P. 7. Quinquaginta vero marobotini aurei quibus ob hominem occisum punitur is ex cujus ædibus sive propriis, sive conductis quid dejectum est, pro partibus etiam æqualibus dividendi sunt inter fiscum & heredes occisi, l. 25. *ead.* Has tamen poenas usus non servat: quod & apud alias gentes contingit. Vid. Groenew. *de legg. abrog. hic.*

## TEXTUS.

## De filiofamilias seorsum habitante.

2. *Si filiusfamilias seorsum a patre habitaverit, & quid ex coenaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.*

Hhh

COM-

## COMMENTARIUS.

**I**N speciebus hujus §. id eo in patrem actio non datur, quia non ex contractu aut quasi ex contractu; sed quasi ex maleficio filius obligatur, l. 1. §. 7. de his qui dejec. neque enim vel ob maleficio vel ob quasi maleficio filiifamil. ullo modo cum patre agi potest, non actione noxali, §. ult. infra de noxal. act. non de peculio, l. 58. de div. reg. jur. Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari: cæterum non ex delicto aliove facto quod pœnam meretur. Plane, si iudicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione iudicati de peculio conveniri potest, etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, l. 3. §. 11. de pec. de quo inf. §. 10. de act. n. 6.

## TEXTUS.

De damno aut furto quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. Item exercitor navis, aut caupona, aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio

(1) L. 7. tit. 14. P. 7.

teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alijus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hic actio, & aliquatenus culpe reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur (1). In his autem casibus in factam actionem competit, quæ heredibus quidem datur, adversus heredem autem non competit.

## COMMENTARIUS.

**D**E damno & furto quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto Prætoris constitutæ sunt adversus eos qui navem, cauponam, stabulum exercet; quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis quæ nautæ, caupones, stabularii a vectoribus, aut hospitibus invecita aut illata, salvo fore receperunt. Constituta est in id quanti ea res est, quæ salva non restituitur, l. 1. naut. caup. stab. (2). Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est, aut res perit sine culpa levi ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, l. 3. §. 1. d. tit. quo loco & d. l. 1. §. 1.

(2) D. l. 7. l. 26. tit. 8. P. 5.

## De obligat. quæ quasi ex delicto nascuntur. 427

§. 1. (1), etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quam in cæteris constituta sit: nempe ut innotesceret, Prætorum curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu descendat, huc non pertinet: ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub d. tit. naut. caup. stab. usque ad l. pen. §. ult.

2 Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, l. 5. §. ult. de obl. & act. d. l. pen. §. ult. naut. caup. stabul. quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas, & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideo esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, d. l. 5. §. ult. de oblig. & action. & hoc textu (2). Quare si quid eorum factum sit a vectoribus aut viatoribus quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, d. l. ult. §. 2. naut. caup. stabul. (3), sed prior

(1) D. l. 26.

(2) D. l. 7. tit. 14. P. 7.

(3) D. l. 7. vers. Mas.

illa ex contractu, l. 1. §. ultim. l. 2. l. 3. in pr. eod. (4). Illa ex quasi maleficio pœnalis est in duplum, d. l. ult. §. 1. (5), quia Prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium.

3 Caupona aut stabulo] Stabulum pro diversorio seu caupona sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi Prætor stabularios a cauponibus distinguit, significat locum ubi jumenta stabulantur, l. 5. ff. d. tit. cujusmodi stabula fere cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

4 In his casibus in factum actio] Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

5 Heredi quidem datur] d. l. ult. §. 1. & ult. naut. caup. stab. commune autem hoc est omnium actionum pœnalarum, quod heredibus quidem dentur, sed adversus heredes non competant: neque enim æquum esset, heredem ex delicto defuncti pœnam sustinere. Vide infra §. 1. de perp. & temp. action.

Hhh 2

(4) D. l. 7. d. l. 26. tit. 8.

P. 5.

(5) D. l. 7.

TI-

## TITULUS SEXTUS.

## DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

## TEXTUS.

*Superest, ut de actionibus loquamur. Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.*

## COMMENTARIUS.

I **S**uperest] Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est, quin facile ab homine non nimis luscioso pervideri queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce tit. de jur. nat. gent. & civil. qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigat, deinceps singulas explicare instituit, agens prius de perso-

nis, postea de rebus, & tandem de actionibus.

2 Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet cujus partis tractatio hic jam scipitur. Hinc vero perspicuum est, errare, ut diximus, Interpretes qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant lib. præced. tit. de oblig. atque hoc loco eandem continuari: quasi illi de causa actionum tractetur: quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis quæ sit actio: illic de matre, ut loquuntur, hic de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum duntaxat, quæ in personam sunt: & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus quod nobis debetur, & vinculo quo se debitor adstringit, argumento & materia separata est. Etenim quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito; qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, l. 49. de verbor. sign. ad idem plane objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quam

quam quatenus est via sive medium, per quod ad id quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur & auferitur invitis: uno verbo, quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio, ut recte Timæus Fab. disp. de action. thes. 1.

3 Vix Interpretem inveneris, quin hic in vestibulo quæsiturus sit; ex quo jure actiones profisciscantur, ex jure gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minime obscura: sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. Certum est, leges, Magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens aut vixit, aut vivere potuit; adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus.

4 Adhæc, inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere; trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus, quod vel domini nostri sit, si id sponte is qui possidet, non restituat; vel quod in obligationem a nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere liceat. Nam certe frustra sis, si

id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, civis in civem arnabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis, necesse sit hominum societatem everti. Præclare Theodoricus Rex apud Cassiodorum lib. 4. var. epist. 10. *Fœdum est, inquit, jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum; & statim: hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim a bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?* fac. l. non est singulis 176. de div. reg. jur. l. 1. 3. quod met. caus. Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perspicentia ac solertia commendatur, hic cætere contingit, ut temere atque inconsiderate contendant, actiones omnes & forma & origine esse juris civilis.

5 Quid ergo est quod eos transversos agit? Primum, quod apud Pomponium in l. 2. §. 6. de orig. jur. scriptum est, ex legibus XII. Tab. compositas esse actiones quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante, nemo cum alio agere in urbe potuit, aut

aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Romani propria? quam scilicet a Prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur, quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l. 25. de action. rer. amot.* Tertio, quod naturalis obligatio tantæ efficacæ non est, ut actionem producat: quasi vero quod non producat, non sit a jure civili. Sunt itaque ratione originis ex jure gentium & quoad formam juris civilis, ut tutela, testamentum &c. proindeque juris civilis mixti juxta *l. 6. de just. & jure.*

6 *De actionibus*] Nomen actionis latissime patere, vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur: denique & Oratorum & histriorum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc, cum ad usum forensem restringitur, sciendum primum est, nunquam verbo *agendi*, cum ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut eo verbo idem significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere iudicio, agere interdicto, quod

non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare iudicio cum aliquo, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur.

7 Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissime accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit, sive criminalis, in qua alias fere utimur verbo *accusationis*, *l. 1. de crimin. stel. l. 18. de accus.* Secundo minus quidem late quam in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latius, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria; interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætorias quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum &c. in summa, imploratio etiam nobilis officii Judicis, ut nunc loquuntur, *l. 37. de obl. & act. l. 34. l. 178. §. 2. de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. 25. ff. de obl. & action. §. 1. infr. hoc tit.* strictius tamen, quam ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *d. l. 178. §. 2.* Quarto & postremo strictissime atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *l. 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* actum fere opponitur petitioni quæ actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquiliæ,

§. 2.

§. 2. *supra quib. mod. obl. toll.* Ex his autem significationibus eam quæ secundo loco posita est, huc pertinere, ostendit supraddicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, *petitio*, *persecutio*, *formula*, *lis*, *causa*, *controversia*, *conventio*, *judicium*: nam & vox *judicii* pro actione sæpe sumitur, ut videre est in *l. 1. & pass. ff. & C. fam. ere.* & Prætor promiscue nunc actionem, nunc iudicium se daturum pollicetur.

8 *Actio nihil aliud est, quam jus*] Animadvertendum hic est, actionem ita definitam non pertinere ad tertium juris objectum, sed ad secundum: quatenus enim ad tertium pertinet, est: *Viasive medium, per quod ad id quod nostrum est, aut nobis debetur, si ultro nobis non præstetur, pervenimus*, ut nuper monuimus *num. 2.* Auctor autem definitionis in *hoc textu* traditæ est Celsus in *l. 51. ff. hoc tit.* Generis loco *jus* ponitur; quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo usu juris, adeoque apud omnes latine loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, *jus testandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi* &c. Neque alia *hoc loco* quærenda huic verbo significatio est.

9 *Persequendi in iudicio*] His & sequentibus verbis differentia continetur & genus positum restringitur. Verbum *persequi* notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio.

Sumitur autem *hoc loco* generalius, cum olim in specie cognitiones extraordinariæ, persecutiones dicerentur, *l. 178. §. 2. de verb. sign.*

10 *In iudicio*] His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate; sed si quis putet, se habere actionem, legitimo iudicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud Magistratum sive Judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *l. 13. quod met. ca.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam quæ fit apud competentem Judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quæ res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. I. quid hæc verba *In iudicio* significant. II. quid dicatur *Judex* competens. Primum quod attinet, diversa veteribus sunt: *In jure*, & *In iudicio*. In jure fieri dicebant ea quæ fiebant apud Magistratum, antequam ad Judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud Prætores: in iudicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud Judicem datos sive pedancos. Actio in jure a Prætores dabatur, apud Judicem recuperatoresve in iudicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi Magistratus iudicare jussi sunt, *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentie usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici de-

be-

bere in jure fieri, quæ sunt ante litem contestatam, & Prætor ipse olim explicabat; in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eundem Magistratum omnia expediantur.

11 Operæ pretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem Prætorem ipsum, utpote juri dicendo civiumque inter se controversiis disceptandis ac judicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem Magistratus, obtinuit & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut Prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & Judicium susciperent. Horum Judicium varia fuere nomina. Dicuntur *Judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores*; in judiciis bonæ fidei etiam *arbitri*: de quorum nominum ratione consulantur Scipio Gent. 2. *de jurisdict.* 8. Duar. *de jud. cap. de jud. dat.* Sigon. 2. *de antiq. jur. civ. cap.* 18. & *seq.* Nullam vero jurisdictionem hi Judices habebant, sed nudam duntaxat notionem; hoc est; cognoscendi tantum & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & si-

mul ac sententiam dixissent, Judices esse desinebant, *l. 5. l. 15. l. 55. de re jud.* Apud hos iudicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter Judices appellari & a Magistratibus separari solent, *d. l. 15. & l. 55. de re jud. & alibi.*

12 Constat tamen, exceptas fuisse nonnullas causas de quibus ipsi Magistratus ex officio cognoscebant, non Judicem dabant; quæ cognitiones prætoricæ & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formis hæc causæ expediebantur & susceptabantur a Prætoře ipso, ut persecutiones fideicommissorum, *l. 178. § 2. de verb. sign. atque.*

13 Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit Judex competens; neque enim promiscue apud quemvis Judicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum cujus de ea re, de qua agitur, notio est, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex, commune unum, alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *l. Roma 33. ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l. 2. § 4. & seqq. l. 24. de judic.* Commune forum item recte dixeris, in

in quo quisque conveniri potest quacunque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii (1): & est notandum, circa locum domicilii non tantum inspicere locum in quo reus habitat tempore vendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l. 2. C. de jurisd.* Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quærratur, cum quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori factio debitoris adimi non debet.

14 Proprium forum est, quod præter commune tribuunt causæ singulæ; veluti in actionibus in personam forum tribuit locus in quo contracta est obligatio, *l. 20. de judic.* (2): quod tamen potest sic accipiendum, si reus ibi reperitur, per *l. 2. § 4. l. 19. in princ. & § 1. l. 45. de judic.* textus est in *cap. 1. § 3. de for. comp. in 6. Covarr. 1. quest. 10. num. 3. Anton. Fab. C. suo, ubi conv. qui cert. loc. defin. 4.* & si quidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *d. l. 19. § 1. d. l. 45. (3).* Sin autem expresse cautum, ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præstetur, hic locus accipiendus tanquam re ibi contracta, *l. 21. de obl. & act.*

15 In actionibus in rem speciale forum tribuit locus in quo

Tom. II.

(1) *L. 32. tit. 2. P. 3. vers. La setena.*

(2) *D. l. 32. vers. La sesta.*

res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium Interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi; vel in loco ubi res de quibus contenditur, constitutæ sunt, per text. non obscurum in *l. 3. C. ubi in rem act.* (4). Unus fere Donellus noster *lib. 17. comment. 17.* ab hac sententia recessit contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum scilicet in quo res sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi iudicium pati: quod probari credit *l. 38. de jud.* Sed non dubito, quin quod Jurisconsultus *ibi* proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si heres a quo legati præstandi necessitas non coepit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Jurisconsultus tractat. Quæstiones criminum ubi exercentur, docet *l. 1. l. 2. cum auth. seq. C. ubi de crimin.*

16 Illud obiter adjicio, posse eum qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter iudicium jam coeptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Coepti iudicii hæc vis est, tum ut actorem mutæ petitioni seu

Iii

re-

(3) *D. l. 32. & vers. La sesta.*

(4) *D. l. 32. tit. 2. P. 3. vers.*

La quinta & la setena.

reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi accipere cogatur, ubi ipse litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, l. 22. de judic. (1): tum ut litigatores retineat in iudicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum: Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, ne causæ continentia dividatur, l. 10. C. de jud. quamvis rebus integris ibi conventus iudicium excipere non cogeretur. Prorogatur jurisdictio, cum alius Judex, quam cujus notio est, ex conventionem aditur, l. 18. de jurisd. l. 1. de judic. (2).

17 Quod sibi debetur] Verbum debetur laxius accipitur, ut debere quisque dicatur, quod jure præstare tenetur, sive quia actoris est, sive quia ad illud præstandum facto suo se obstrinxit: unde tam actioni in rem, quam in personam convenit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulp. in l. 178. §. ult. de verb. sign. scribit, hoc verbum debuit, omnem omnino actionem comprehendere.

18 Quæsitum de actione populari & injuriarum. Sed puto, verba definitionis etiam ad actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt, definitore Paulo l. 1. de popular. act. Que jus suum populo tuen-

tur. Nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur, l. 1. §. 1. de his qui effud. vel dej. quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt; nisi quod in iis quæ simul continent interesse alicujus privati, is cujus interest, præferatur, l. 3. §. 1. de popul. act. Poena quam persequantur, regulariter actoris lucro cedit, qui proinde suum persequi recte dicitur; & ob id etiam, postquam litem contestatus est, inter creditores numeratur, l. 12. de reb. bor. sign. fisco ut applicetur, eorum & singulare: ac tum primii loco pars aliqua datur actori, l. 25. §. 2. de senatuc. Sil.

## TEXTUS.

## Divisio prima.

1. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio; quo casu prodite sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dari aut facere oportere, & alii quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: que

cum seq.

(2) D. l. 32. vers. La novena.

casu prodite actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

## COMMENTARIUS.

I Proponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi a nostris, ut in l. 3. de stat. hom. l. 1. de rer. div. §. 1. inf. de interd. quia inter multas prima & potissima est. Ratio divisionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur; id enim verba hæc in rem & in personam præ se ferunt. Nos tamen a causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est, a jure quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipse locus, tum l. 25. ff. eod. unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit.

2 Non igitur ideo actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur ut persona, sed ut res cæteræ quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio

in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis de quibus loquantur, habet, veluti in l. 7. ff. de publican. & aliis ll. Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ: ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi a prædiis exigi, atque a possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis quo possederunt.

3 At cum utraque actione & res petatur, & persona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficiens utriusque indicanda est, unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tanquam a causa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est: unum in re, alterum ad rem: ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud iudicio persequendum. Jus in re, quod obiter hic inculcandum, multiplex: dominium tum directum, tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. Jus ad rem

rem unum est, obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris, diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic conveniatur, hoc est, possessor, tamen non convenitur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se; quia se obligavit, non propter rem petitam.

4 Quibus inter aliquos apud *judices*] Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ quæ ad constituendum iudicium necessario requiruntur: actor, reus, Judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, & more Græcorum nostri aliquando partem fugientem appellant, *l. 2. C. de jurejur. prop. cal. l. 13. §. 2. C. de judic.* Judex dicitur: *Is apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit.* Unde iudicium non male definitur: *Legitima rei controversæ inter actorem & reum apud Judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.*

5 *Judices arbitrosve*] Nomina hæc *Judex* & *arbitrator* non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjun-

cta, ut *hoc loco*. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Judex proprie dicitur: *Qui ita judicat, ut in eo, munere publico fungatur*: etenim iudicandi munus publicum est, *l. 78. ff. de judic.* Atque hinc Judices omnes dicuntur habere notionem, id est, potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l. 1. de re judic.* Improprie Judices dicuntur arbitri: *Qui ex consensu litigatorum & compromissum sumuntur, ut causam decident*; quippe consensus privatorum iudicem facere non potest, *l. 1. C. de jurisd.* Appellantur autem Judices propter affinitatem, quam cum veris iudicibus habent, eo quod partibus iudicis fungantur, & arbitria ad similitudinem iudiciorum redacta sint, *l. 14. C. de judic.* ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis poenalis.

6 Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi quos diximus, Judices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infraquens, ut veri quoque iudices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi qui ex bonæ fidei iudicio cognoscunt; & maxime in iudiciis divisoriiis familiæ erciscundæ & communi dividendo: unde & iudicia ipsa arbitria, *l. 43. l. ult. fam. ercisc. l. 18. comm. divid.* Sic autem appellati sunt hujus generis: Judices propterea quod liberatiis potestas permittitur arbitrando æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat: & e conver-

so, iidem Judices, quando stricti juris iudiciis addicuntur, Judices simpliciter appellantur: quia similem potestatem non habent. De quo pluscula ad §. 28. & 30. *infr.*

7 Præterea hoc nomen *Judex* generaliter acceptum omnes, qui cognoscendi & iudicandi publicam potestatem habent, comprehendit, etiam Magistratus, *l. 1. de judic. tot. tit. de jurisd. & aliti.* Si vero stricte sumatur, quando nempe Magistratui Judex opponitur, solos pedaneos complectitur, ut modo monuimus in *pr. hoc tit. num. 10.*

8 Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant: quippe qui non ut Judices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam, sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, *l. 75. cum seqq. pro soc. l. ult. C. de contr. empt.* nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua decisa arbitratoris interventu dicatur: & commentitia est, prorsusque aliena a ratione juris civilis Interpp. distinctio, qui duo arbitratorum genera faciunt, arbitros & arbitratores; quorum illi tanquam Judices servato ordine iudiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amicè ex æquo & bono component.

9 *In duo genera*] Ita & Ul-

pian. in *l. 25. ff. hoc tit.* Ad dendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20. *infr. cod.* actiones scilicet mixtas, cujusmodi sint actio familiæ erciscundæ, communi dividendo, & finium regundorum, quas expresse *dicto loco* Justinianus ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quam in personam: item petitio hereditatis, quæ & ipsa mixta dicitur in *l. 7. C. de her. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quam in personam actionum efficit, de qua Cujac. *par. C. fin. reg.* At enimvero si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omissio quod ad perfectionem totius, non minus quam duo illa quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorundam qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset; sed cum de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *d. §. 20.* leges divisionis & methodi insuper habendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem duo duntaxat actionum genera in *d. l. 25.* ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur *vin-*



*dicatio*, & in personam, quæ *condictio* appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiose omnino, si præter duo ista genera quæ proponit, adhuc tertium genus actionis supersit, ab utroque distinctum.

10 Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa quæ *hic* proposita sunt, non agnovisse, easque quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde, quia tria ista iudicia, familiæ eriscundæ, communi dividendæ, & finium regundorum origine sua & essentia sunt actiones in personam, sine solum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, *l. 1. fin. reg.* ut & ipse Justinianus in *l. 1. §. 1. C. de ann. except.* Petitionem autem hereditatis inter actiones in rem, *l. 25. §. antepen. de her. pet. l. 1. l. 27. §. 3. de rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse, non aliunde certius constare potest, quam ex conjunctione *d. l. 1. fin. reg. cum d. l. 25. §. antepen.* Nam in *d. l. 1.* Paulus sic discrete scribit: *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Ex contrario in *d. l. 25. §. antepen.* sic Ulpian. *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.*

11 Actiones vero quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis v. c. est actio quod metus causa, *l. 9. §. ult. quod met. caus.* in personam sunt, *d. l. 9. §. 31.* & palam est, illam nasci ex maleficio. Dicitur autem in rem, quia indefinite concipitur de eo quod metu gestum est, non quia nascitur ex aliquo jure quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur. Vide Donel. *hoc loco d. 15. com. 38.*

12 *Cum eo, qui obligatus* Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. 25. ff. hoc tit. ut. Actio, quæ cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum.* Quæ definitio clare ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum, cum causa hujus actionis sit obligatio, obligatio autem inter duos intercedat, inter eum qui obligatum habet & qui obligatus est; quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei qui alium obligatum habet, in eum qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eundem detur. Quod adversus eundem semper locum habet, ut scribit JC. in *d. l. 25.* mirum non est neque enim obligatio a persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verum obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum, *Interpp. hic.* Sed & quod eidem sem-

semper detur, nec alii quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est: nam nec obligatio ab eo cui primo acquisita est, avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat.

13 At enimvero etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales, & quæ domini nostri sunt a nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa, ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exercent. Sed & non cessis actionibus placuit, emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benigne constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur, *l. 16. ff. de part. l. 5. l. 8. C. de hered. vel act. vend.*

14 In actione in rem utrumque contrario modo se habet; nam cum ea non ex alia causa nascatur quam ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus a domino una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; inde necessario eve-

nit, ut non semper eidem, sed ei semper, qui novissime rei de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa, detur. Similique modo cum res quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque, ut Jason *hic* loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eundem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l. 25.*

15 *Vel ex contractu vel ex maleficio* Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione *contractus* etiam quasi contractus, appellatione *maleficii* etiam quasi maleficium comprehendatur. Atque hæc quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ, ut vidimus supra in *§. 2. de oblig.*

16 *Dare aut facere oportere* Verba sunt vulgaris & usitatae in actionibus in personam formulæ: in qua verbum *dare* significat dominium transferre. Sed quia nonnunquam actiones in personam dantur ei qui dominus jam est, ut patet in eis quæ descendunt ex contractibus commodati & depositi aliisque; idcirco addidit Justinianus: *Aliis quibusdam modis.* Petet igitur commodans, rem sibi tradi sive restitui, non vero dari. Hoc tamen intellige ante formulas sublatas: hodie enim hæc scrupu-

pulositas negligitur, ut dicimus *infr.* §. 14. *hoc tit.*

17 *Qui nullo jure ei obligatus*] Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l. 25. ff. hoc tit.* ut sit: *Actio per quam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus*, & semper adversus eum est qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio datur, & quid petat. Ait, *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto aut jure, cujus vi persona ejus qui in rem actione convenitur, afficiatur.

18 *Quo casu proditæ sunt actiones in rem*] Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscuque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus.

19 *Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse &c.*] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt; a parte actoris dominium; a parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum *hic locus*, tum *l. 25. in princ. ff. eod. l. 23. in pr. junct. l. 36. & ult. ff. de rei vindic.* (1). Primum quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure domi-

nii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur: *Si parat, rem petitoris esse.*

20 Alterum quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is cum quo agitur, possideat. Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad eum condemnandum, possidere eum, quo tempore res iudicanda est, etsi non possidet, cum lis contestaretur, *l. 27. §. 1. de rei vindic.* Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contingantur nudi detentores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent, quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt &c. *l. 9. ff. de rei vindic.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l. 2. C. ubi in rem act.*

21 Interpretatione juris pro possessore quoque habetur is qui se liti obtulit, iudiciumque accepit decepto petitore, *l. 25. & seq. ff. de rei vindic.* (2). Item is qui dolo fecit, quominus possideat, *l. 22. l. 36. d. tit.* (3). De quo res postulat, ut plura dicamus, & simul quid juris, si do-

dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *d. l. 27. §. 1. eod.* (1): si culpa sua, pati debet æstimationem: ita tamen, ut audiendus sit, si desideret ut adversarius actiones suas cedat, *d. l. 36. §. 1. junct. l. 63. eod. tit.* si dolo vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit (2); nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *l. 68. & l. seq. eod.*

22 *Possessor autem dominum ejus se esse dicat*] Priscis temporibus ita moris fuit, ut cum actor vindicasset, rem suam esse, tunc possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa quam profert Cic. *pro Muræna cap. 12. Fundus Sabinus meus est. Imo meus*: cui similis illa apud Plaut. in *Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum.* Vid. Boët. in *Top. Cicer. Gell. 20. noct. att. 10. Brisson. lib. 5. de form.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ut plurimum honestatis forte causâ usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcunque. Ita enim nunc cantum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præsti-

terit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat, *l. 4. C. de edend. §. 4. inf. de interd. (3).*

23 Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *l. 25. de obl. & act.* prius est, ut actor intendat, rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat, id est, restitui sibi a possessore postulet: ac utrumque officio Judicis probato dominio, convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse Judex pronunciat, remque ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa, *l. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vindic.* Quod si possessor restituere jussus non pareat, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur, *l. 46. l. 68. d. tit.*

24 , IN HISPANIA actiones, mixtas agnoscimus distinctas ab actionibus in rem, & in personam, ceu patet ex *l. 6. tit. 15. lib. 4. Recop.* Vide quæ dicimus in *pr. infr. de perpet. & temp. act.*

25 , Probatam quoque habemus *l. 23. tit. 4. P. 3. divi-* sionem arbitratorum in duo genera, nera, quam ex jure Romano, rum *supra* repulimus, *n. 8.*

Tom. II.

(1) *L. 10. tit. 14. P. 3.*

(2) *D. l. 19.*

Kkk

TEX-

(3) *L. 28. d. tit. 2. P. 3.*

(1) *L. 2. tit. 3. P. 3.*

(2) *D. l. 2. tit. 3. P. 3.*

(3) *L. 19. tit. 2. P. 3.*

## TEXTUS.

## De actione confessoria, &amp; negatoria.

2. *Æque si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Eiusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes (1). Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel immittendive; istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actorts esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

## COMMENTARIUS.

I *Æque si agat quis* ] Respicit ad id quod dixit

(1) L. 21. tit. 22. P. 3.

§. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis* &c. quasi dicat, etsi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habui, sciendum tamen est, etiam rerum incorporealis nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servitutibus. Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ: una: *Qua quis sibi in rebus suis debere servitutem petit*: altera: *Qua negamus rem nostram servitutem debere, servitutum esse liberam*. Primam servitutem vindicamus, & appellatur *confessoria*; secundam libertatem, & passim *negatoria* a Prudentibus vocatur, l. 2. ff. si serv. vind. interdum *negativa*, l. 5. si usufruct. pet. & a Justiniano *hoc text.* Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum tit. si usufruct. pet. vel ad alium pet. negetur: si servit. vind. vel ad al. pert. neget. inscriptio, & concepta iis verbis quibus actio in rem significatur, scilicet *petitio* & *vindicationis*, l. 25. & l. 28. de oblig. & act.

2 Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam, & confessoria verbis

negativis; & negatoria affirmativis concipi valet, ut patet in exemplo proposito in l. 4. §. 7. si serv. vind.

3 *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est* ] Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoria, & negatoria: de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoria: quamquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoria* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque iudicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, l. 5. si usufruct. pet. id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali, servitute scilicet, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio: nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet: cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet hic, quicquam suum esse; unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi-

ipsa simul aliquid suum esse affirmat, id est, rem suam liberam esse, l. 4. §. 7. si serv. vind. & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in d. l. 5. si usufruct. pet. quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admittitur: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

4 *Nam in his agit, qui non possidet* ] Indicatur hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum, quod in illis is solus agere possit qui non possidet; nunquam qui sit in possessione.

5 In rerum vero incorporalium sive servitutum & libertatis vindicatione contra est: nam nec minus is qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est quod Ulpian. scribit, in servitutibus posse eundem & possessorem juris & petitozem esse, l. 6. §. 1. si serv. vindic. quod & traditur in l. 8. §. 3. d. tit. l. 5. §. ult. si usufruct. pet. & intelligendum est iudicii initio duntaxat inspecto: nam postea adversarius partes & onera petitoris suscipit, ut statim videbimus.

6 Nascitur hæc diversitas ex eo quod rerum corporalium pos-

sessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: ut adeo super vacuum sit, actionem ei ulro dari, cum ad securitatem hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *d. l. 1. §. 6. uti possidet*. Rerum vero incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno: patiente domino fundi, aliquandiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *l. 3. de usufr. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immisum habeo in parietem vicini: ego sum possessor, *l. 8. §. 3. si serv. vindic.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quæties vult, efficere potest, ne tignum immisum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res, cum faciat, ut effectu nec servitutum possidere videar, certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar in servitute, utendi securitatem, *l. 5. §. ult. si usus fruct. pet.*

7 Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutum. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria, qua ulro iudicio experientia libertatem rei suæ asserat, in effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. in *l. 5. §. ult. si usufr. pet.* Notandum autem, etsi possessor iuris ulro actionem moveat, litæ tamen instituta, eum qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse instituerit, *l. 8. §. 3. si serv. vindic.* & ideo frustra hic nobis objici, quod a veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quam si alter petitor, aliter possessor sit, *l. 62. de jud. l. 1. §. 3. uti possid. §. 4. de interd.*

8 Sane uno casu] Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærunt, aut se invenisse putant: neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Do-

nello & Wesemb. legendum hoc loco arbitrarer: Sane non uno casu &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ulro onus producendi in se susciperet, *l. 14. l. 19. de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut auctorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit.

## TEXTUS.

## De actionibus prætoriiis realibus.

3. Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam, quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.

## COMMENTARIUS.

I Insinuat hic alia actionum divisio sumpta a causis efficientibus remotis, ex quibus, aut civiles sunt, aut

prætoriaræ, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *l. 25. §. ult. de obl. & act.*

2. Ut ecce] Inducuntur hic prætoriarum in rem actionum species duæ, Publiciana, & rescissoria, quæ postea latius & separatim suis singularibus paragraphis explicantur §§. 4. & 5.

3. Ex diverso possessor dicat] Verbum possessor expungendum videtur: nam possessori nunquam ulro actio datur; & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuit: quod probabilius est.

4. IN HISPANIA actiones, prætorias a civilibus distinctas, nullas agnoscimus, sed omnes, civiles sunt, ut de obligationibus diximus in §. 1. de oblig.

## TEXTUS.

## De Publiciana.

4. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum), & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se

usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Præ-tore in edito proposita est.

## COMMENTARIUS.

I **P**roponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta a Præ-tore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic in extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione prætorica complectitur: quæ ex causa cui competat; quo jure introducta; & quæ causa ejus introducendæ, quid in ea actor intendat. Adversus quem competat, quod præcipue notandum erat, hic prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

2 Poterit autem sic describi: *Actio qua quis petit rem quam casu amisit cum esset in conditione eam usucapiendi: & interdum etiam illam quam nunquam possederat, in iis nempe casibus in quibus dominium sine possessione queri potest.* Hinc in eo qui hanc intendit actionem ex titulo per quem sine possessione non transfertur dominium, ut fere semper contingit, debent concurrere omnia quæ necessaria esse diximus ad usucapionem in *pr. de usucap. & long. temp. præscr.* dempto tempore: si enim totum usucapionis tempus fuisset lapsum, ipse tanquam jam dominus directa sive civili in rem actione uteretur, & superflua foret honoraria. Atque ideo ait

Imp. in hoc text. eum habere hanc actionem, qui necdum dominus effectus est.

3 Quando vero dominium sine possessione acquiri potest, nihil obstat quominus quis hac actione petat rem quam nunquam possederat, dummodo justo titulo munitus sit ab eo quem dominum esse crediderat; ut exempla habemus de eo cui ex Trebelliano restituta est hereditas in *l. 12. §. 1. de publ. in rem ad.* & de domino servi qui, cum in fuga esset, rem emit in *l. 1. eod.* Non est igitur necesse, ut is qui hanc actionem intendit sub colore quasi rem usucapisset admittatur, si aliter eorum domini ei accommodari valet.

4 Cum ergo hæc actio ei competat qui dominus non est, utpote titulum habens a non domino, quid erit, si dominus cum difficilis esset, ut sæpe accidit, dominii probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris. Sed & ex quo usucapionem cum actione admissit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione distinctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi domini posse, recte defenditur; cum hæc actiones affines magis sint aliæ diversæ, quam contrariæ: nam is cui Publiciana competit, præsumptive dominus est; & falsum esse, quod remedia prætorica denegentur iis quibus jure civili consultum est, ostendunt bono-

rum

rum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas.

5 *Durum erat eo casu definire actionem*] Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii: quippe quod non statim transit in eum qui rem licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is qui tradidit, dominus fuit; quod perquam difficile probatum est: & tamen eo non probato, necesse est, petitorum civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque Prætori iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potiorum esse eo qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset, ipse ex humanitate actionem introduxit, quæ in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is cui justa rei possessio semel quæsita esset, quandiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ ejus introducendæ fuerit causa.

6 *Eam rem usucepisse*] Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expressè, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituentam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem de qua agitur, bona fi-

de emisse a L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restitatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset.

7 In causis ex quibus, & quæ possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicit actor, rem sibi a L. Titio legatam, aut eam in hereditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex senatusconsulto obtinet, *l. cum sponsus 12. §. 1. l. 15. hoc tit.* Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione nondum inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi nullo modo potest. Fictio itaque illa Prætoris erat, non actoris. Quia enim Prætor directe leges evertere non poterat, leges autem non nisi vero domino vindicationem concedunt: usus est arte sua solemnibus, & finxit, hunc usucepisse, cum non usucepisset. Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat Prætor eum jus domini veri usucapione exclusisse; sed tantum ratione tertii, nullo, vel infirmiore jure possidentis, actorem in ea causa esse, quasi usucepisset.

8 Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones, adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum qui

pos-

possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur is cui prius res tradita est (1); utpote in quem prius translatum est jus omne quod in re habuit qui tradidit: sin a diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, l. 9. §. 4. hoc tit. Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is cui primam res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio: quæ species est, quam tractat Neratius l. 31. §. ult. de off. empt. ut recte censent vulgo DD. In universum autem justi domini exceptio merito Publicianæ obstat (2). Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet, quantumvis justissimus possessor qui dominus non sit, l. pen. & ult. hoc tit.

## TEXTUS.

## De rescissoria.

5. Rursus ex diverso, si quis cum Reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor Reipublicæ causa abesse desiderit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usum non cepisse, & ob id suam rem esse.

(1) L. 50. tit. 5. P. 5.

Quod genus actionis quibusdam & aliis, simili æquitate motus, Prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

## COMMENTARIUS.

I Hoc loco proponitur actio in rem prætorica: Quæ petimus, ut usucapio rei nostra ab alio obtenta rescindatur, quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, l. 28. §. ult. ex quib. caus. maj. l. ult. C. cod. Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur quod jure civili ratum est, l. 35. in fin. p. de oblig. & action. Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hæc e converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in l. 1. ex quibus caus. maj. qua parte scilicet Prætor eos quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restitutorum pollicetur. Idem Prætor Publicius, qui & præcedentis, auctor quoque fuit hujus actionis, quæ proinde Publicianæ etiam dicitur in l. 57. mand. & in l. 35. de oblig. & action.

2 Causas duas edicto expressit: clausula edicti prima absentiam

(2) D. l. 50. in fin. vers. Pero.

tiam necessariam ejus cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcumque ejus qui usucepit. Postremo adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo qui absit. Quod posterius hic tantum tangitur: prioris autem partem, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti juberetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam Prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absentem, aut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, l. 1. ex quib. causis maj. Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta aut minus perspicue indicata disces mox ex commentario.

3 Cum Reipubl. causa abesset] De eo qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen secus esse discimus ex edicto, cujus in secunda clausula quæ hunc casum continet, Prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane aut probabili, an plane voluntaria: quod & diserte Ulpian. notavit l. 21. §. 1. hoc tit. ex quib. caus. maj. Et vero si ne justis-

Tom. II.

sima quidem absentia prodest absentem ad usucapionem retinendam; absurdum esset, ei prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta, aut animi causa susceptam. Novissime a Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsentem usucapionem interrompere, adito Judice, & diligentia sua apud eum contestata, l. 2. C. de annal. exc. Itaque ex hac parte edicti restitutionem dari desiisse probabilis putamus, ut antea cessabat quando aliquis quem convenire præsens poterat, defensionem absentis suscipiebat, l. 21. §. pen. l. 22. eod. quamvis alii aliter sentiant.

4 Usuceperit] Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem qui contra absentem agere non potuit, l. 21. §. 1. & l. seq. hoc tit. Atqui vulgo traditur, contra eum qui agere non potest, præscriptionem non currere, l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. 30. vers. omnis, C. de jur. dot. Respondent Interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut impleatur. Exempla in d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. 30. C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. ann. Facti vero, quale est quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione, & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis

III

nis ipso jure: at singulorum factorum quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

5 *Permittitur domino*] Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius quia a Prætoris rescindente usucapionem adhuc pro domino habetur.

6 *Intra annum rescissa usucapione*] Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finire placuit, quia contra jus civile datur, *d. l. 35. in fin. pr. de oblig. & action.* Annum intellige utilem, *l. 1. §. 1. hoc tit.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. restit.* (1).

7 *Ut dicat, possessorem usu non cepisse*] His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione præcedenti, ita *hic* quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Itaque fictio Prætoris quoque est, ut præcedens.

8 *Quibusdam & aliis*] Veluti absentis, cujus res usucapta sit ab eo qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est; & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *l. 2. C. de annal. exc.* Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis

(1) *L. 28. tit. 29. P. 3.*

duntaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, *l. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum seqq. l. 36. l. 42. hoc tit.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes (2). Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l. 26. §. pen. & ult. cum duabus ll. seqq. hoc tit.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod qui procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævisa absentis non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, in quo procurator non egerit, aut interim defunctus sit, *l. 26. §. 1. l. 28. in pr. eod.* Quippe pro re casu nihil est quod absenti imputetur: posteriore obijci potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerit & debuerint cogitare, *d. l. 26. §. 1.* Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d. l. 1. §. 1. l. 17. §. 1. l. 41. eod.* sed hoc casu actio restitutiva in personam est.

9 *Simili æquitate motus* Quæsitum *hic* est, an sola ignorantia justa & sufficiens causa sit ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, arg. *l. ult. in fin. C. de præscript. long. tempor.* ibi: *Nulla ignorantia scientia expectanda, l. unica. C. de usucap. transf.* Nam cum sufficiens tempus præstitutum sit intra quod quisque in res suas

(2) *L. 28. tit. 29. P. 3.*

inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantia, id est, ea quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique, si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum, nunquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra *l. 1. de usurp. & usucap.*

## TEXTUS.

## De Pauliana.

6. *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia Prætoris, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse* (1).

## COMMENTARIUS.

I Tertia species actionis prætoris *hic* proponitur, *Pauliana* dicta: *Quæ datur creditoribus ad revocandam eam quæ in fraudem eorum alienata sunt, l. 38. §. 4. de usur.* (2): atque huc pertinent *tit. D. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his, quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique Interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; *hic* autem exponi in-

(1) *L. 7. tit. 15. P. 5.*

ter prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantum propter similitudinem quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam *hic* nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum a Triboniano inconsiderate, & tantum ob similitudinem quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem.

2 Etenim in rem eam non esse, primum ex eo evincitur, quod creditores non vindicant aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *l. 25. de oblig. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is qui possidet quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. 9. hoc tit. quæ in fraud. cred.* ut *hic* non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et e converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solum heredi, sed etiam in he-

redem similesque personas, & qua tales, l. 10. §. ult. eod. quod non minus quam prius illud a natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur & propter rem ejus possessorem, l. 2. C. si un. ex plur. hered.

3 Cum itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, §. 1. sup. eod. d. l. 25. de oblig. & act. Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, d. l. 10. l. 14. hoc tit. quo nomine quæ appellatur, omnes in personam sunt. Accedit exemplum actionis Faviana, quam non in rem, sed in personam esse, diserte testatur Ulpian. l. 1. §. 26. si quid in fraud. patron. Erit igitur & Pauliana in personam, cum utraque ex eadem causa detur: Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in l. 38. §. 4. de usur. palam inter actiones in personam etiam Paulianam numerat.

4 At inquires, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. sup. eod. Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbe facit, si postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen & tantum lucri sui causa, retine-

re tentet, l. 9. §. ult. l. 14. §. 3. quod met. caus.

5 Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt: quorum quidem prius negat D. Joan. Deckher. 1. diss. 10. num. 27. Sed perspicue refellitur per l. 15. d. l. 17. §. 1. hoc tit.

6 In fraudem creditorum.] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraudis habuerit: nam si alterutrum desit & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, l. 10. §. 1. l. 15. eod. Hoc amplius, cessat hæc actio & revocatio, nisi & is qui accepit fraudis conscius fuerit, l. 1. l. 6. §. 8. d. l. 10. §. 2. eod. (1) Cæterum hoc sic acceptum est si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hæctenus utique in eum qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, l. 6. §. 11. eod. l. pen. C. eod. (2) Plane, qui debitam pecuniam recepit,

antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, d. l. 6. §. 6. & seq. (1) Porro, quando & quantum solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia l. pen. hoc tit. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poss. aliarumque eodem pertinentiam, vid. Bart. in d. l. pen. Pet. Fab. ad l. 78. de div. reg. jur. Anton. Fab. 2. conj. 14.

7 Alicui tradiderit.] Edictum generalibus verbis conceptum est: Que fraudationis causa gesta erunt &c. quæ verba latissime patent, continentque quicquid quocunque modo fraudis causa factum est. Itaque quaecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit; sive acceptatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem mori passus sit, vel a debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocunque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere quod habebat, ad hoc edictum pertinet, l. 1. cum

4. seqq. l. 10. §. 12. & seqq. l. 14. & passim deinceps hoc tit. (2) Plane, ille in ea causa non est, ut edicto locum faciat qui id agit, ne acquirat quod acquirere potest, puta qui legatum aut hereditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur 134. de div. reg. jur. Atque hinc est, quod nec suus heres se abstinens edicto locum facit, l. 3. C. hoc tit. multoque minus præteritus aut exheredatus qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per l. 1. §. 8. si quid in fraud. patr. An ad legitimam petendam filius cogi possit, dubitatur; sed verius est, compelli non posse, arg. d. l. 6. §. 2. l. 19. hoc tit. d. l. 1. §. 8. si quid in fraud. patr. Jo. Gutierrez. in repet. cap. quamvis 2. de pact. in 6. num. 24.

8 Bonis ejus possessis.] Adde, & distractis, ut addunt Dionys. & Maxim. in l. 5. C. de revoc. his, quæ in fraud. credit. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excusationem, & distractionem bonorum; nec aliter, quam si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, l. pen. C. hoc tit. (3) Verba autem hæc non referenda ad tempus alienationis factæ, ut perperam Deckher. sed ad tempus hujus actionis intentandæ,

(1) L. 7. tit. 15. P. 5. vers. si.

(2) D. l. 7. vers. Ego mismo cum seqq.

(1) L. 9. eod.

(2) L. 12. tit. 15. P. 5.

(3) D. l. 7. tit. 15. P. 5. vers. Ca si, & ibi Lop. gloss. 3.



per *ll. 15. & 17. §. 1. hoc tit.*  
 9 *Dicere, traditam non esse* ] Non diserte ac nominatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim *hic* agunt creditores, quasi revera res nunquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur, satis ex iis quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venuleji etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *l. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l. 1. l. 10 eod.* nimirum, quia vel ut superior illa, contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *d. l. 10. §. pen.* Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi potestas fuit, *d. l. 10. in pr. (1).*

10, IN HISPANIA quamvis, *l. 7. tit. 15. P. 5.* probare videatur opinionem Joann. Deckeri, quam *supr.* refellimus; *num. 5.* quod nempe non aliter, creditoribus jus sit revocationem petendi, quam si alienatio post decretum Judicis fuerit facta, ibi: *Que despues que es condenado en juicio*, tamen Greg. Lop. in *glos. 3. ejusd. l.* exempli causa id positum arbitratur. Et sane eadem est ratio, quando de animo fraudandi constat in alienatione ante decretum.

(1) *L. 7. tit. 15. P. 5. vers. E* por ende.

## TEXTUS.

## De Serviana &amp; quasi Serviana seu hypothecaria.

7. *Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quæ de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi continentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecarum persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam in qua re inter creditorem & debitorem convenit, ut sit pro debito obligata, utriusque hæc appellatio continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventioni tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.*

## COMMENTARIUS.

2 AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est, *l. 17. §. 2. de pact.* Nam jure civili nulla actione consultabatur iis quibus res debitorum obligatæ erant, cum possessio earum

apud

apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cum Prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente Prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. Actio hæc in rem est, *l. 17. de pign. l. 18. C. eod. constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur.* Unde intelligimus, competere eam adversus omnes qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. 16. §. 3. de pign. (1).* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem de qua agitur, restituere (2): alioqui quanti ea res est, condemnatur, *d. l. 16. §. 3.*

2 Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt. I. se jus pignoris in re de qua agitur, habere: II. possessionem ejus rei esse penes eum qui convenitur. Ad primum quod attinet, necesse non est, probari a creditore debitorem rei dominum fuisse, sed duntaxat rem fuisse in ejus bonis, seu justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor, debitore agente Publiciana; eo probato etiam succumbere debet, creditore agente hypothecaria, arg. *l. 18. de pign.* Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tem-

pore quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. Nihil autem interest quo titulo possideat, oneroso an lucrativo.

3 Olim si alius quam debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus a possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *l. 14. l. 24. C. de pignor.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denunciationibus conveniretur, id est, legitime interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *l. 10. C. de pign.* Justinianus autem a creditoribus plus exigit; constituit eam, ut si debitores præsentibus sint, non tantum denunciationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus, *nov. 4. cap. 2. unde auth. Sed hodie C. de obl. & act. & auth.* Hoc si debitor *C. de pign. (3).* Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causa placuerat, *l. 47. de jure fise.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut heres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum

(1) *L. 14. tit. 13. P. 5.*

(2) *L. 18. tit. 13. P. 5.*

(3) *D. l. 14. tit. 13. P. 5. vers. E* si.

creditori est, ommissa actione personali pignus persequi, *d. nov. 4. cap. 4. vers. contra principales, l. 24. junct. pr. auth. seq.* Hæc si debitor *C. de pign. (1)*.

4 *Serviana & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria*] Duplex igitur de pignore in rem actio est: *Serviana*, dicta ab auctore eadem analogia, qua *Publiciana*; & ut in *testi.* dicitur, est: *Qua quis experitur de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur.* Et *quasi Serviana*, sic dicta, quia ad exemplum *Servianæ* introducta est; unde & utilis *Serviana* dicitur, *l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar.* Hæc eadem, ut *hic* traditur, etiam *hypothecaria* appellatur, a re scilicet & nomine communi; quod nomen etiam *Servianæ* competit: sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnunquam tamen appellatione *Servianæ* & *quasi Serviana* seu *hypothecaria* omnis significatur, *l. 3. l. 18. de pign. l. 28. de pign. act.* Ab actione *hypothecaria* toto genere differt actio, quæ *pigneratitia* proprie dicitur, ut diximus supra in *§. ult. quib. mod. re cont. obl.*

5 *Ex ipsius Prætoris jurisdictione*] Atqui *quasi Serviana* a *Prætoris* introducta non est, sed *Jurisconsultorum* ingenii excogitata & instituta ad exemplum ejus quæ a *Prætoris* comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones quæ ad imitationem edicti a *Pruden-*

tibus compositæ sunt, *Prætoris* censi, propterea quod *causam* & initium a *jurisdictione Prætoris* acceperant.

6 *De rebus coloni*] *Dubium* non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, *Serviana* proprie vocetur. Unde existimare licet, *Prætoris* nominatim tantum de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod a colonis oppigneratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquitni similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non proprie *Serviana* experitur, sed *quasi Serviana* quæ est ex edicti productione.

7 *Quæ pignoris jure pro mercedibus*] Relativum *quæ* hic non demonstrat, sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his quæ obligatas sunt, *Servianam* competere. *Jm* autem constat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; sed primum fructus in fundo conducto nascentes; qui quidem etiam tacite citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *l. 7. in quib. caus. pign. tac.* Deinde ea & sola de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, *§. 3. in fine inf. de inter. lict.* nam nec *invecta*, *in-*

sti-

sticum, aliter pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, *l. 4. & d. l. 7. d. tit. l. 5. C. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani a conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l. 4. de pact. & d. l. 4. in quib. caus. pign. tac. (1)*. Cujus differentie ratio si quærat, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis *invecta*, *l. 61. §. 8. de furt.* quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transit, & pro dicto habitum est, sicuti dictum non esset.

8 *Scio, veteres Interpretes* aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum, tacite sive citra pactionem expressam, pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem *Alexandri*, quæ extat in *l. 5. C. de locat.* Sed merito hæc sententia a recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat *D. Alexandri* constitutio qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur conventio, quemadmodum etiam in *l. 5. §. 1. in quib. caus. pign. tac.* maxime cum verba ipsius *Alexandri* evincant, non constitui jus novum in *d. l. 5. C.*

Tom. II.

(1) *L. 5. tit. 8. P. 5.*

9 *Qua creditores pignora persequuntur*] Actio quasi *Serviana* seu *hypothecaria* est: *Qua creditores persequuntur res omnes oppigneratas, demptis iis quæ obiectum sunt actionis Servianæ.* Locum itaque habet in quovis pignoris genere.

10 *Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam*] *Inter pignus & hypothecam* tantum nominis sonus differt, ait *Marcianus l. 5. §. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit *hic Imp. Quantum ad actionem hypothecariam attinet*: quod etiam sensisse *Marcianum* arguit inscriptio *d. l. 5.* quæ est, ad formulam *hypothecariam*. Quorum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

11 *Pignoris appellatione eam proprie rem &c.*] Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus proprie dicitur, cum simul res traditur creditori, & præsertim si sit mobilis; hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventionem obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt a notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit a pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno, *l. 238. §. 1. de verb. sign.* Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam sola cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, qua-

Mmm

rum

(1) *D. l. 14. vers. Otrosi.*

rum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, (dictum παρά τὸ ὑποτίθεσθαι, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere*; *fiduciare*; ut appareat verbum generale esse), eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt; quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo *hypotheca*, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventionione tenetur, & maxime immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca a pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. 9. §. 2. de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nusquam nomen *hypothecæ* occurrat, sed *fiduciæ* duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptorum sententiarum, *lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 5. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin.* sicut nec actionis *hypothecariæ* ullibi in iis mentio extat, sed *fiduciariæ*, iudicii & actionis *fiduciæ* tantum, ut apud eundem Paulum *lib. 2.*

*tit. 13. Modestinus apud Licinianum Ruffinum in collat. leg. Moisaic. & Rom. tit. de depos.*

12, IN HISPANIA duo quoque, que probanda sunt creditori persequentem pignus. Primum nempe, pignoris conventionem celebratam fuisse: secundum, debitorem fuisse rei dominum, conventionis tempore, *l. 18. tit. 13. P. 5. ibi: Que era aquella cosa suya: quod Romanorum jure necessarium non esse nuper vidimus. Hoc autem ultimum intelligit Gregorius Lop. in glos. 1. d. l. 18. pcedere eo duntaxat casu, si creditor adversus tertium possessorem agat. Et sane de eo loquitur *d. l. 18.**

13, Probata etiam apud nos est distinctio inter illata & invecsta in prædium urbanum & in prædium rusticum, ut priora pignori pro mercede supposita censeantur, eo solum quod illata sint: at in illatis in prædium rusticum requiratur ulterius, ut domini locatoris scientia fuerint illata, *l. 5. tit. 8. P. 5.* Cum vero *lex ista* solum domini scientiam hoc posteriori casu exigat, probandum videtur opinionem veterum interpretum, quam *supra num. 8.* parum consonam juri Romanorum existimavimus, Greg. Lop. *gloss. 9. d. l. 5. Pichat. hinc text. n. 20.*

## TEXTUS.

## De actionibus prætoriiis personalibus.

8. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Prætor, veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item Prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, per quam queritur, actor juraverit; & alias complures.

## COMMENTARIUS.

I Hactenus actiones prætorix in rem; subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucae tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres, de constituta pecunia, de peculio, ex jurjurando.

## TEXTUS.

## De constituta pecunia.

9. De constituta autem pecunia cum omnibus agit, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturas se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulantem promiserint, jure civili tenentur.

## COMMENTARIUS.

I Actio de pecunia constituta edicto Prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit, se soluturum quod ante debitum fuit, *l. 1. §. 1. de const. pec. l. 2. C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventionione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur.

2, IN HISPANIA meminisse oportet, jura pactorum & stipulationum confusa & exæquata esse, pactisque omnibus seriis & deliberatis vim obligandi tributam, ut sæpius monuimus *lib. 3.* Unde jura stipulationum, quæ a constituto deviant, silent apud nos.

## TEXTUS.

## De peculio.

10. Actiones autem de peculio idcirco adversus patrem dominum-

Mmm 2

num-

TEX-

nummoe comparavit Prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.

## COMMENTARIUS.

1 **E**tiam actiones quæ de peculio ex contractu filiofamil. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriaræ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, l. 1. C. ne uxor pro marit. l. 1. C. ne fil. pro patr. Sed Prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hæcenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio aut servo concessum, pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filii & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, arg. l. 1. §. 5. de adq. vel amit. poss. l. 1. si a par. quis man. ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur.

2 Porro, ut hic locus ostendit, actio de peculio non est

actio in rem, sed in personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure quod quis in re habet, sed ex obligatione. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam quam modo allegavimus. Plane, in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, l. 27. §. 2. de pecul. actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eundem qui cum habeat, l. 25. de oblig. action. Cæterum hoc ideo videtur, quia Prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

3 **Actiones**] Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi &c. de peculio. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati depositi, ex empto, adjectio prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta, ea quæ directè ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio, quanquam novam habet qualitatem. Vide infra tit. 8.

4 **De peculio**] Peculium servi simplex est & unius generis, totum in domini a quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filio-

liofamil. multiplex & non unius naturæ, ut vidimus in §. 1. per quas pers. cuiq. acq. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac jus patrisfamil. in eo obtinet, ut sæpe diximus. De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectio in patrem actio competebat: sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, si istud fuerit ordinarium, in quo scilicet filius nudam habet proprietatem, & pater usumfructum, convenietur adhuc pater, sed adhibito consensu filii, nisi hic fuerit in prima ætate, vel longe absens, l. ult. §. 3. C. de bon. quæ liber. At si extraordinarium, cujus plena proprietates ad filium pertinet, cum facultate de eo disponendi, quo voluerit modo, nov. 117. cap. 1. §. 1. nullam pater actionem timebit.

5 **Adversus patrem & dominum**] Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, l. 44. de pecul. si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia a manumisso soluta non repetatur, l. 50. §. 2.

eod. l. 14. de oblig. & action. Illud vero per se planum est, pro eo quod actor a patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud, si filius conventus pecunia alicunde quæsita solverit, etiam patrem liberari.

6 **Ex contractu**] Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, l. 1. §. 7. de his qui dejec. l. ex pœnalibus, §. 8. de div. reg. jur. Et merito, nam pater & dominus peculium dant filiis & servis, ut contrahant, non ut delinquant. Cui non obstat, quod filio ex pœnali causa convento, & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio: nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu: quippe etiam iudicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, l. 3. §. 11. de pecul. Sed nec ulla alia actione ex delicto filii pater conveniri potest; dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, infra tit. 8.

## TEXTUS.

## De actione in factum ex jurejurando.

II. **Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei**

pecunia debeat, sed an juraverit (1).

## COMMENTARIUS.

1 **I**nter actiones quæ a Præ-  
tore proditæ in perso-  
nam sunt, numeratur hoc loco &  
actio ex jurejurando. In perso-  
nam est, utpote proficiscens ex  
conventionione, l. 26. §. ult. de ju-  
rejur. A Consultis appellatur et-  
iam modo in factum, modo uti-  
lis, modo actio vetus, & est:  
Actio competens ei qui reo de-  
ferente juravit pecuniam sibi de-  
bereri vel rem suam esse, ad-  
versus ipsum qui jusjurandum  
detulit.

2 **Postulante adversario**] Id  
est, conditione jurandi ab ad-  
versario delata. Nam si quis ju-  
ret, nemine ei jusjurandum de-  
ferente, Prætor id jusjurandum  
non tuetur, quasi sibi juraverit.  
Et alioqui facillime quisque ad  
jusjurandum decurrens oneribus  
probationum se liberaret, l. 3.  
de jurejurando.

3 **Juraverit**] Aut cum jura-  
re paratus esset, remissum ei fue-  
rit jusjurandum. Nam remissi ead-  
em vis, quæ præstiti, l. 5. §. ult.  
l. 9. §. 1. eod. l. 1. C. eod. Remittit  
autem, qui deferente se, cum pa-  
ratus esset adversarius jurare, gra-  
tiam ei fecit, contentus volun-  
tate suscepti jurisjurandi, l. 6.  
eod.

4 **Justissime accommodat ei ta-  
lem actionem**] Justissimum ideo,  
quia ad religionem jurisjurandi ac-  
cedit deferentis conventio & con-

sensus, qui dum jusjurandum  
actori defert, hoc dicere videtur,  
si actor juraverit, paratum esse  
stare jurejurando, id est, præ-  
stare quod petitur. Hinc illa  
jusjurandum servari propter reli-  
gionem & conventionem, l. 23.  
& l. seq. §. ultim. eod. item spe-  
ciem transactionis continere, l. 1.  
eod. id est, jurejurando negotia  
quasi transigendo inter litigan-  
tes decidi, l. 31. eod. l. 21.  
dolo. Accedit ad conventionem  
& utilitas publica, quo scilicet  
major sit facultas litium expedi-  
endarum, l. 1. eod. Constituitur  
igitur actio ei qui juravit  
sibi deberi, aut suum esse,  
versus eum qui jusjurandum de-  
tulit: & constituta optimo jure.  
Sicut autem actori juranti actio ex  
jurejurando jure prætorio compe-  
tit, ita ex contrario, si actor  
deferente juraverit reus se nihil  
debere, datur reo jurisjurandi ex-  
ceptio: de qua infra sub tit. de  
except. §. 4.

5 **Sed an juraverit**] Datur  
igitur jurejurando, vel remissum  
non aliud quæritur, quam  
juratum sit, aut parato jure  
jusjurandum remissum, insup-  
habita quæstione, an debeat  
quasi satis id probatum sit, de  
jurejurando, d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1.  
eod. l. 11. C. de reb. cred. & ju-  
rejur. ubi hujus rei hæc ratio ad-  
ditur, ne repetita lite finis nego-  
tium alterius causæ fiat exordium.  
Et omnino qui adversarium jure-  
re patitur, his omnibus allegatio-  
nibus renunciasse intelligitur, quæ  
ante jusjurandum præstitum ob-

jecti, jurisque jurandi præstatio-  
nem impedire aut remorari po-  
tuisset. Utiq; tamen salvæ ma-  
nent exceptiones omnes quæ etiam  
in causa judicati objici potuis-  
sent, l. 30. §. ult. eod. Anton. Fab.  
C. suo eod. tit. defin. 11. Aliæ  
jurisjurandi species huc non per-  
tinent.

## TEXTUS.

## De actionibus pœnalibus.

12. **Pœnales quoque actiones**  
Prætor pene multas ex sua ju-  
risdictione introduxit: veluti ad-  
versus eum, qui quid ex albo  
ejus corrupisset; & in eum, qui  
patronum vel parentem in jus vo-  
casset, cum id non impetrasset:  
item adversus eum, qui vi ex-  
merit eum, qui in jus vocaretur,  
cujusve dolo alius exemerit:  
& alias innumerabiles.

## COMMENTARIUS.

1 **H**abemus exempla quæ-  
dam prætoriarum in  
personam actionum quæ velut ex  
contractu ac negotio gesto pro-  
ficiscuntur, rei que persecutionem  
continent. Sequuntur nunc exem-  
pla aliquot earum quæ quidem &  
ipsæ prætorix sunt & personales,  
sed ex delicto veniunt, & pœ-  
næ persecutionem habent: ut ac-  
tio de albo corrupto, de patro-  
no aut parente sine venia in jus  
vocato, de in jus vocato vi ex-  
empto.

2 **Pene multas**] Pro pene vi-

detur legendum bene, id est, val-  
de, ut, bene doctus, bene ma-  
gnus, bene longus. Cicero lib. 2.  
de Orat. cap. 88. *Habetis ser-  
monem bene longum.* Idem in  
Rull. cap. 22. *Adolescens non  
minus bene numeratus, quam cap-  
pillatus.* Oppius de bell. Hisp.  
lib. 5. cap. 12. *Cum bene ma-  
gnam multitudinem telorum in-  
jecissent.* Et mox, cap. 13. *Cum  
bene magnam partem muri con-  
sumpsissent.*

3 **Qui quid ex albo**] Exem-  
plum primum actionum pœna-  
lium ex jurisdictione Prætoris in-  
troducitur, actio albi corrupti.  
In eum qui album Prætoris cor-  
rupit, judicium popolare quin-  
quaginta aureorum datur, l. 7.  
in pr. de jurisd. Album hoc loco  
significat tabulam gypsatam, in  
qua edictum perscriptum propo-  
nebatur palam, ut unicuique le-  
gendi potestas esset.

4 **Qui patronum vel paren-  
tem in jus vocasset**] Alterum  
exemplum actionis prætorix pœ-  
nalis de patrono aut parente si-  
ne venia in jus vocato. Quædam  
personæ sunt quæ in totum in  
jus vocari prohibentur: quædam  
quæ vocari prohibentur sine ve-  
nia Prætoris. In totum vocari  
prohibentur Magistratus qui im-  
perium habent: item omnes qui  
necessaria aliqua occupatione, si-  
ve privata, sive publica, aut  
religiosa detinentur, l. 2. cum  
2. ll. seqq. de in jus voc. sed  
hæc prohibitio temporalis est, fi-  
nitoque magistratu aut negotio  
expirat. Sine permissu suo Præ-  
tor vocari prohibet parentem, pa-  
tro-

(1) L. 2. tit. 11. P. 3.

tronum, patronam (1), liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale iudicium (2) quinquaginta aureorum parenti, patrono &c. constituit, l. 4. cum aliquot seqq. l. pen. & ult. d. tit. II. 1. 2. 3. C. eod. Edicti prætorii de parentibus, & patronis sine venia in jus non vocandis non alia fuisse videtur ratio quam quod vocatio publice sub dio facta merito ignominiosa videretur: filiis autem, & libertis sanctæ & venerandæ esse debent personæ parentum, & patronorum, l. 9. de obseq. parent. & patron. præst. Aliam rationem assignant Duar. 1. disp. 1. Cujac. 10. observ. 10. Hotoman. & Donell. ad hunc §. quos vide, si placet.

5 Qui vi exemerit eum] In eum qui vocatum in jus vi exemerit, cuiusve dolo alius exemerit, pœnale iudicium a Præ-tore constitutum est, l. 1. & pass. ne quis eum &c.

### TEXTUS.

#### De præjudicialibus actionibus.

13. Præjudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt, per quas queritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam queritur, an aliquis liber sit:

(1) L. 4. tit. 7. P. 3.

(2) L. 5. d. tit. 7. P. 3.

cætera ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

### COMMENTARIUS.

I Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat; aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ; unde totidemque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo queritur, utrum quis liber sit, an servus: alterum de ingenuitate, in quo queritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus tertium de jure familiæ, in quo queritur, utrum quis sit filius, an non sit: quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæc actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, l. 18. de prob. cum similib. ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio incidet, l. antepen. de stat. hom. (3) quamvis alias res inter alios iudicata aliis non noceat. Exempla habemus in l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. de agnosc. lib. In his actionibus uterque & actor & reus

(3) L. 20. tit. 22. P. 3.

esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad iudicium provocavit, l. 12. de except. l. 14. de probat.

2 In rem esse videntur] Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus qui agit, aliquid suum vindicat & asserit; dominus servum suum in servitutem, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ quæ proprie ita dicuntur: & ideo ait, videntur. Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt; nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem proprie sic dictis, l. 9. l. 68. de rei vindic. Quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulam, sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia iudicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, satis notum est.

3 An aliquis liber] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale iudicium dicitur, tit. Tom. II.

(1) D. l. 20. tit. 22. P. 3. l. 5. tit. 14. P. 3.

D. & C. de lib. caus. De libertate agitur inter duos, quorum unus eum cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit (1). In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriam similem, in servo in libertatem proclamante similem negatoriam, l. 7. §. ult. l. 10. de lib. caus.

4 An libertus sit] Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum liberum suum esse dicit, seque ei patronum esse; alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativam: atque ultro agente præjudicium redditur, l. 14. l. 18. de probat. l. ult. si ingen. esse dic. (2)

5 De partu agnoscendo] Tertia præjudicialis, in qua queritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu legitimo, & eo qui sit ex marito: quod cum queritur, vi ipsa hoc queritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur inter patrem & filium; in qua & ipsa idem illud queritur

Nnn

&

(2) D. l. 20,

& aperte, an quis sit filius & in potestate, necne. Late tractantur huc pertinentia in *titt. D. de agn. & alen. lib. & seq.* Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus, aliisque cognatis datur, ut quis frater vel cognatus vel de nobili familia pronuncietur, & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit.

## TEXTUS.

## An res sua condici possit.

14. Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere: Si parat, cum dare oportere. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane, odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipientis nomine fures etiam hac actione teneantur: Si appareat eos dare oportere; quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

## COMMENTARIUS.

I Hodie vix est, ut perperam agere dici possit qui rem suam sibi dari pe-

(1) L. 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

tit, postquam formulis sublatis visum est sufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis, & id quod intenditur utcumque exprimentibus, concipere, l. 1. & 2. C. de form. & imp. subl. (1), maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Bene igitur observavit D. Hotoman. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non posse: Si parat, iudicium Titium dare oportere, id illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ a huc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti.

2 Plane odio furum] Etiam olim quando vigeant formulæ, potuit uno casu dominus rem suam condicere sub hac formula: Si parat, cum dare oportere, nempe in re furtiva adversus furem, l. 1. & passim de cond. furt. Ulp. l. ult. in fin. usufruct. quem. cav. breviter regulam cum exceptione sic expressit: Nemo rem suam, nisi furi condicere potest. Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Unde in conditione furtiva jam olim verbum dare latius acceptum, ut significaret idem ac restituere: quod & Gloss. hic innuit, & facit l. 29. §. 1. de verb. sign.

## TEX-

## TEXTUS.

## De nominibus actionum.

15. Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, conditiones: condicere enim est denunciare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, conditionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit.

## COMMENTARIUS.

I Hactenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrerent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significentur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. Appellamus, inquit, in rem actiones, vindicationes; in personam vero, conditiones. Eadem sententia Ulpianus in l. 25. de oblig. & act. Actionum, inquit, duo genera sunt, in rem, que dicitur vindicatio; & in personam, que conditio appellatur. Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ quibus

cætera in rem jurâ, veluti usumfructum, servitutes, pignora persequimur, l. 1. & passim si ususfr. pet. tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. Et contra omnis in personam actio conditio dicitur: quanquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, l. 36. de obl. & act. ut conditio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege &c.

2 Condicere est denunciare] Quod Justinianus hic ait, condicere prisca lingua esse denunciare, id etiam Festus in ea voce notat: Condicere, inquit, est dicendo denunciare: & conditio est, ejus rei, quæ agitur, denunciatio. Theophilus tradit, prisca temporibus moris fuisse, ut is qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denunciaret, ut hoc vel illo die ad iudicium accipiendum & litem persequendam adesset.

## TEXTUS.

## Divisio secunda.

16. Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequenda gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.

## COMMENTARIUS.

I Proponitur hic alia actionum divisio sumpta ab objecto, quippe quæ docet quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei

rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam poenæ, quædam tam poenæ, quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, *sequentibus aliquot* §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid *hic* vocetur rei persecutio, quid poenæ, cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maxime facit. Sed quod *hic* omisum est, docebit nos definitio rei persecutoriarum a Paulo tradita *l. 35. de oblig. & actio.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Ille (actiones) rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest persecutioni poenæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones poenæ persecutionem habere: *Quibus persequimur quod ex patrimonio nobis non abest.*

2 Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor: quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodeunque ejus quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio quæ fit ex jurejurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. jur.* Item poena conventionem promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus quod interest, *§. ult. de verb. obl. l. ult. de præst. scip.* Quare quæcunque sunt actiones quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei per-

secutorias: quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse poenales. In summa, rei nomine *hoc loco* continetur quicquid est extra poenam legitimam; poenæ nomine ea duntaxat quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ.

## TEXTUS.

## De rei persecutoriiis.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur. veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, in empto, vendito, locato, conducto. Plane, si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem Prætor reddidit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

## COMMENTARIUS.

I *Omnes in rem*] Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia:

tia: quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus, ob contumaciam non restituentis, in litem jurari solet, *l. 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur, rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipsa poena nihil aliud est quam æstimatio ejus quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti sit; sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l. 8. de in lit. jur.* ac proinde ex parte actoris nihil est aliud quam rei suæ persecutio.

2 *Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ*] Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoria sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, *§. 19. infra eod.*

3 *Tumulus, incendii &c.*] In eum qui tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve heredem fraudulentum, actio in duplum a

Prætor redditur, *l. 1. §. 1. de pos. (1).* Merito has causas deponendi a cæteris segregavit Prætor: primum, quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit; deinde, quia aliis in casibus præficta nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l. 1. §. 2. & seqq. de pos. l. 1. & passim de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum qui inficiatus erit: quoniam hæc in duplum actio non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confidentem tantum in simplum actio est, *d. l. 1. §. 4. de pos. §. 26. infra hoc tit.*

## TEXTUS.

## De poenæ persecutoriiis.

18. *Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum poenæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam poenæ quam rei persequendæ; & ob id mixtæ sunt. Poenam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli; sive non manifesti, dupli, de sola poena agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius ad-*

(1) *L. 8. tit. 3. P. 5.*



adversus furem etiam conditio est rei.

## De mixtis, hoc est, rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est: non solum si adversus insipientem in duplum agatur, sed interdum & si in simpium quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint, usque adeo, ut etiam in iudicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

### COMMENTARIUS

I **E**x maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei: quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantum excipiendæ, conditio furtiva & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem con-

tinent, l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. 21. §. pen. de act. rer. am. Neque hic text. amplio rem commentarium desiderat, cum & plana sit doctrina, & sæpe alibi attackta.

### TEXTUS.

De mixtis, id est, tam in rem, quam in personam.

20. *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, cum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

### COMMENTARIUS.

I **P**er occasionem ejus quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum: sed quæ longe diversi sunt generis, longæque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quam dicuntur illæ quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo

## De actionibus.

ideo has actiones mixtam causam habere dicitur, quod ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendæ gratia comparatæ sint; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari, quam quo mixta appellantur in l. 37. §. 1. de oblig. & act. & alibi duplicia, l. 2. §. 1. comm. div. nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei, l. 13. de judic. l. 10. fin. reg. l. 44. §. 4. fam. ercisc.

2. *Mixtam causam obtinere videntur tam in rem]* In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus qui vindicat. In personam ideo, quia dantur adversus eum qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait, has actiones mixtam causam obtinere tam in rem quam in personam; sed obtinere videri: nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis sine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habent, l. 1. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. quod expositum supra §. 1. hoc tit.

3. *Quæ competit coheredibus de dividenda hereditate]* Judicium familiæ erciscundæ est: Quod

inter coheredes redditur de dividenda hereditate, hoc est, quo heres agit adversus coheredes suos, ut res hereditariæ, prius indivisæ, dividantur, & a communione discedatur, l. 1. fam. erciscund. Estque hæc princeps hujus iudicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus heres heredi propter communionem rerum est obnoxius, l. 22. §. pen. d. tit. ubi Ulpianus ait, iudicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus, atque præstationibus quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. 4. infra de offic. judic. Præstationes personales exposuimus in §. 3. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.

4. *Communi dividundo, quæ]* Communi dividundo iudicium est: Quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hereditatis communes sunt; neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, l. 1. & l. 2. comm. div. Finis hujus iudicii item duplex: unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur quod alterum alteri præstare oportet, luctri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc iudicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, l. 3. comm. div. In divisione

rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. 5. *infra de off. jud.* quippe semota hereditatis divisione, cetera sunt utrique iudicio cum altero communia, l. 6. §. 11. *comm. div.*

5 *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent*] Finium regundorum iudicium est: Quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur: & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, l. 4. *pr. l. 8. in pr. & §. 1. fin. reg.* Sed & si fines commode dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur Iudici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. *col. tit. §. pen. infra de off. jud.*

### TEXTUS.

#### Divisio tertia

21. *Omnes autem actiones vel in simplum concepte sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: alterius autem nulla actio extenditur.*

### COMMENTARIUS.

I Tertia hæc actionum divisio est, sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an poena tantum, an utrumque simul; hæc quantum peti oporteat, & quomodo in poena supra id quod nobis abest, petendo progredi liceat. Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plusquam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, l. 13. *in pr. de act. empt.* Si quis clavum a navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est senatusconsulto, ut in omnium rerum nomine teneatur, l. 3. §. ult. *de inc. ruin. naufr.* Si servus heres institutus ad aditam hereditatem occisus sit, etiam hereditatis æstimationem fieri traditum est in l. 23. *in pr. ad leg. Aquil. §. 10. supr. cod.* Atqui in his omnibus litis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus: quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de

### De actionibus

de quadruplo ejus quod culpa adversarii actori abest; id vero quod abest, & id interesse actoris, etsi interdum longe & vel decuplo plus æstimetur quam quanti valebat corpus in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni quod actor sensit: & ideo quantacunque hæc sit æstimatio, non in duplum, triplum &c. actio concipitur, sed tantum in simplum, nempe id solum quod actori per culpam rei abest. In poena conventionali idem dicimus, quantacunque sit, *supr. §. 18. de inutil. stipul.*

### TEXTUS.

#### De actionibus in simplum.

22. *In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.*

#### In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cepit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In quibus actione eorum etiam rerum, quas*

Tom. II.

*fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legitimo, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

#### In triplum.

24. *Tripli vero agimus, cum quidam majorem veram æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium, ampliore summam sportularum nomine exigere. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum percipitur fuerit reus, in triplum ab actore consequitur; ut in hoc triplum etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ nostro in Codice fulget, quam proculdubio certum est, ex lege condiditiam emmare.*

Nihil est in his tribus §§. quod interpretem desideret.

### TEXTUS.

#### In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur, veluti furti manifesti: item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condiditiam nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra*

nostræ constitutionis normam in  
reis quicquam exegerint.

## COMMENTARIUS.

**R**ecensentur hic quatuor  
actiones quæ sunt in  
quadruplum, furti manifesti, quod  
metus causa, de calumnia, ad-  
versus executores litium, qui plus  
constituto sportularum nomine  
exegerint. Addamus & quintam,  
vi bonorum raptorum. Prima ac-  
tio mere pœnalis est: reliquæ  
mixtæ, ut in quadruplum com-  
prehendatur etiam ejus quod a-  
bet aut interest, persecutio.

## TEXTUS.

Subdivisio actionum in  
duplum.

26. Sed furti quidem nec man-  
ifesti actio, & seroti corrupti,  
et cæteris, de quibus simul lo-  
cuti sumus, eo differunt, quod  
hæ actiones omnimodo dupli sunt:  
at istæ (id est, damni injuriæ  
ex lege Aquilia, & interdum  
depositi), inficiatione duplican-  
tur: in consistentem autem in sim-  
plum dantur. Sed illa, quæ de  
iis competit, quæ relicta veræ-  
rabilibus locis sunt, non solum  
inficiatione duplicatur, sed et-  
iam si distulerit relicti solutio-  
nem, usquequo jussu Magistra-  
tuum conveniatur. In consistentem  
vero, antequam jussu Magistra-  
tuum conveniatur, solventem, sim-  
pli redditur.

Subdivisio actionum in  
quadruplum.

27. Item actio de eo quod  
metus causa factum sit, a cæ-  
teris, de quibus simul locuti  
sumus, eo differt, quod ejus ne-  
tura tacite continetur, ut  
judicis jussu ipsam rem ad  
restituatur, absolvatur; quod  
cæteris casibus non est ita,  
omnimodo quisque in quadruplum  
condemnatur: quod est & in  
furti manifesti actione.

**H**ic duo textus, & quia  
ni, & quia eorum docti  
alibi tradita, nulla explicatio  
indigent.

## TEXTUS.

Divisio quarta: de actio-  
nibus bonæ fidei.

28. Actionum autem quædam  
bonæ fidei sunt, quædam stricti  
juris. Bonæ fidei sunt hæc,  
empto, vendito, locato, com-  
modo, negotiorum gestorum, ma-  
dati, depositi, pro socio, tu-  
læ, commodati, pignoratitii,  
milie exerciscunde, communi-  
vidundo, præscriptis verbis,  
de æstimato proponitur, &  
quæ ex permutatione competit,  
hereditatis petitio. Quamvis  
usque adhuc incertum erat, ut  
ter bonæ fidei iudicia commu-  
randa hereditatis petitio  
an non; nostra tamen consuetudo  
aperte, eam esse bonæ fidei  
disposita.

## COMMENTARIUS.

**D**uæ præcedentes divisio-  
nes ostenderunt quid  
& quantum petere liceat pro ea  
quantitate, quæ aut conventionē  
aut certo jure definita est. Pro-  
ponitur hic alia quæ docet quid  
quantumcunque amplius petere li-  
ceat pro potestate & officio Ju-  
dicis, nulla conventionē aut cer-  
to jure definitum; quod potissi-  
mum in fructibus, usuris & re-  
liquis accessionibus rei petitiæ cer-  
nitur.

2. Quædam bonæ fidei, quæ-  
dam stricti juris] Divisio hæc  
duplici vitio laborare videtur. Pri-  
mum, quod hic aliquæ actiones  
statuuntur, quæ non sint bonæ  
fidei, sed stricti juris: deinde  
quod in hac divisione omittun-  
tur actiones arbitrariæ, quæ ta-  
men tertiam & distinctam a dua-  
bus quæ hic proponuntur, spe-  
ciem constituere videntur, §. 31.  
infra eod. Quod quædam actio-  
nes dicuntur esse stricti juris, id  
non videtur convenire constitu-  
tioni Constantini in l. 8. C. de  
jud. ubi Imper. ait placere, in  
omnibus rebus præcipuam esse  
justitiæ æquitatisque, quam stri-  
cti juris, rationem. Si id placet  
in rebus omnibus, utique & in  
omnibus actionibus. Repugnare  
etiam videtur quod generaliter  
constitutum est in l. 4. C. de  
oblig. & act. bonam fidem in con-  
tractibus considerari æquum esse.  
Nam si in contractibus omnibus  
bona fides spectatur, etiam in  
actionibus omnibus, certe iis quæ

ex contractu proficiuntur, pa-  
riter bona fides spectanda.

3. Cæterum neutrum proposi-  
tæ divisioni obstat. Non primum:  
quia in d. l. 8. verbum juris jus  
constitutum significat, quomodo  
dicimus, jus gentium, jus civi-  
le. Hoc jus si summum est, seu,  
ut in constitutione nominatur,  
strictum, id est, si verbis tan-  
tum nititur contra sententiam &  
rationem legis, nunquam sequi-  
mur, sed æquitatem, id est, mén-  
tem & sententiam Legislatoris.  
Atque hoc sensu concedimus, nul-  
las esse actiones stricti juris. At  
cum dicimus, quasdam actiones  
esse stricti juris, verbo juris pot-  
estas significatur, uti & alibi sæ-  
pe: nec aliud est, quasdam ac-  
tiones esse stricti juris, quam  
quasdam esse strictæ, seu adstri-  
ctæ potestatis Judicis: sicut ex  
contrario, nihil aliud est, actio-  
nes quasdam esse bonæ fidei, quam  
quasdam esse liberæ potestatis Ju-  
dicis, qui æstimare possit quic-  
quid est ex bona fide, §. 30.  
infra eod.

4. Ad alterum quod ex l. 4.  
C. de oblig. & act. objicitur, re-  
spondeo, in omnibus quidem con-  
tractibus spectari bonam fidem;  
sed non spectatur in omnibus eo-  
dem modo. In contractibus & ac-  
tionibus stricti juris etiam bona  
fides spectatur, sed secundum  
communem quandam æquitatis re-  
gulam, hætenus videlicet, ne  
dolus approbetur, neve quid ju-  
ris subtilitas adversus bonam fi-  
dem æquitatemque valeat, l. 36.  
de verb. oblig. l. 5. C. de inut.  
stip. At bonæ fidei actiones non  
Ooo 2  
ex

ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides & æquitas, sive quod in his non præstetur quod sit contra bonam fidem; quamvis id forte subtilitate juris præstandum videatur: sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æstimeretur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur potestæ.

5 Sed esto, inquis: illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium actionum arbitrariorum omisit. Resp. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus quæ hic proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cum statim & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, §. 31. *inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeretur. An autem actiones arbitrarie revera constituant novam speciem, & a duabus quæ hic poquantur, plane diversam, videbimus sub *d.* §. 31. *infra.*

6 Actiones bonæ fidei sunt: *In quibus libera potestas Judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat.* Descriptio totidem pene verbis expressa *l. 2. §. 3. l. 5. pr. de oblig. & act. §. 30. infr. eod.* Duo itaque sunt, quæ iudicium bonæ

fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrariæ Judici tributa, & hæc ipsa potestas intramodum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est quod hæc eadem judicia passim arbitria vocantur, & Judex in his datus arbiter. Ex bona fide quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio Judicis est ex bona fide, seu in id quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus causam & originem nominis ex ipsa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubeat iudicari, ut adderet, *ex bona fide*, ut indicat Cic. in *Top. lib. 3. de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translaturum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quam actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *l. 11. §. ult. de act. empt. l. 3. §. 2. de usur.* cum simil. oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam Prætor quibusdam judiciis liberam Judici potestatem faceret, clausulamque illam *ex bona fide* adiecerit in aliis vero Judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam a natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum, quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem Judici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris

ris generis sunt contractus mutue præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, arg. *tit. de obl. ex cons. in fine.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expresse convenit, aut quod natura contractus non continetur, sed tantum nascitur obligatio quatenus verbis contrahentium expressum est ex definitione *l. 99. de verb. oblig. l. 3. de reb. cred.*

7 Ex hac, inquam, diversitate contractuum proculdubio est, quod Prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam iudicii concipiebat, modo laxias adjecta clausula *ex bona fide*, ut in actionibus descendantibus ex contractu utrinque obligatoris: modo angustius & stricte, ut in actionibus quæ proficiscuntur ex contractibus unilateralibus, veluti ex mutuo, stipulatione.

8 Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ: *In quibus potestas Judicis formulæ adstringitur*, seu iis rebus in quas Prætor jubebat condemnationem fieri, Judicem certæ formulæ illigando.

9 Ex hoc autem fonte, quod Judex in bonæ fidei judiciis o-

mnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcise sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei iudiciorum propria sunt maxime hæc. Primum: quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur, ratio bonæ fidei exigit; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque quæ sunt moris & consuetudinis, *l. 3. r. §. 20. de edil. edict.* item incommoda reticentiâ aut dissimulatione unius alteri illata; verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscure loquatur, aut malitiose dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. de act. empt. l. 1. §. 1. & pass. tot. tit. de edil. edict.* nempe in iudicio bonæ fidei tantum valet officium Judicis, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio, *l. 7. de negot. gest.*

10 Secundum: quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius est, *l. 3. §. ult. pro soc. l. 5. C. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet; utputa nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit,

ut venderet, l. 7. de dol. mal. Ipso jure nullius momenti est societatis, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, l. 3. § ult. pro soc. Et hoc est quod vulgo Interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur qui dolum passus est, l. 13. §. 4. & seqq. de action. empt. d. l. 7. §. 3. de dol. mal.

11. Tertium: quod in bonæ fidei judiciis, ex mora debeantur usuræ, l. 32. §. 2. de usur. Latius de iis disserere non est hujus loci.

12. In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, l. 99. de verb. obl. nisi sit quod natura negotii contineatur, l. 3. de reb. cred. l. 15. de cond. ind. Subsistit ipso jure stipulatio, & semper excipendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, l. 36. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul. Deinde in judiciis stricti juris non debentur usuræ ex mora, cum id tantum tribuatur judiciis bonæ fidei, l. 32. §. 2. de usur. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.

13. Bonæ fidei sunt hæc, ex empto, vendito &c.] Observandum est, quod non addit Justinianus verbum veluti post verbum hæc, ut fit, cum exempli

gratia quædam proferuntur: sed dicit definite: Bonæ fidei sunt hæc, ex empto, vendito, & quæ sequuntur; indicans, se eas omnes quæ sint hujus generis, ex professo recensere, & præter hæc nullas alias esse; cæterasque, si arbitrarie non sint, de quibus §. 31. inf. esse stricti juris.

14. Ex empto, vendito] Actiones omnes ex contractibus nondi consensus bonæ fidei sunt; quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, supra tit. de obl. ex cons.

15. Familie eriscundæ, communi dividundo] Alibi præter tria hæc judicia propter similitudinem quam habent, conjunctim proponuntur, familie eriscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermissum; quia hoc judicium cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illa familie eriscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio, solum sibi rem gerit qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, ommissa est tit. de obl. quæ quæ ex contr. Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. dec. 94. err. 1. arbitraria: quoniam pro vindicatione est, l. 1. fin. reg. fac. l. 4. §. 3. cod. & quod nomen arbitri

tri in questione finium usurpatur.

16. Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione] Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum hoc text. proponuntur quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria & quæ ex contractu permutationis competit. Unde recte vulgo Interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerit l. 1. de æstim. act. l. 1. de contr. empt. In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei censi debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt.

17. Hereditatis petitio] Licet petitio hereditatis sit actio in rem, quia tamen præstationes habet personales, propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, probavit Justinianus in l. ult. C. de pet. her. sententiam eorum qui eam bonæ fidei esse putabant.

18. IN HISPANIA nullibi probatas invenimus differentias inter contractus seu actiones bonæ fidei, & stricti juris. Nec ullus earum usus, Maymò hoc tit. num. 43. Plane, subtilitatibus involvuntur, quas jus nostrum Hispanum respuit, D. Co. varr. in regula Possessor part. 2. §. 6. num. 9. Omnes itaque contractus actionesque sunt bonæ fidei apud nos: ex mora tamen non debentur usuræ.

### TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

29. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cum plenior esset ex stipulatu actionem inveniens, omne jus, quod res uxori antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus existendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu actio, quæ præea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experietur, cujus solius providentia hoc induximus.

## COMMENTARIUS.

**I** Pro repetenda dote duplex jure veteri actio mulieri competeat, actio rei uxoris, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior: quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transtulit in actionem dotis ex stipulatu, *l. unica. C. de rei uxoris. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utque ex hac causa actio ex stipulatu quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei sit. Adhæc & de hypotheca, ne quid hic dasset mulieri ad omnem cautionem, in *pr. § 1. & 2. d. l. unice.*

**2** Tacitam ei dedimus hypothecam] Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoris actione introduxit, adjunctam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. unice. § 1. (1):* & tandem, ut in omnem eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc de-

(1) *L. 17. tit. 11. P. 4. l. 23. tit. 13. P. 5.*

dit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign. adeoque*, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseatio evincit, perspicueque apparet ex *nov. 97. capp. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo nonnulli constitutionem Justiniani interpretati sunt. Sed quoniam hoc privilegium aperte iniquum est, utpote auferens mihi jus quod meo mihi opera & cautione quasitæ cæteri omnes æquissima interpretatione muluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis qui habent antiquiorem expressam, id est, eam de qua sibi aperta conventionem prospexerunt (2). Ita comm. DD. in *d. l. ult. C. qui pot. in pign. & adhuc §.* ut videre est apud Jas. Zis. Gomez in *l. 50 Taur. nn. 39. & 40. Covarr. 1. resol. 7. n. 1.*

**3** Cum ipsa mulier experitur, cujus solius providentia] His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios qui dotem pro muliere dantes, eam sibi reddi stipulari aut pacti sunt: itemque heredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. unice. §. 6. C. de rei*

(2) *L. 33. d. tit. 13. P. 5.*

*rei ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam quam matri dedit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis, C. qui pot. in pign. & novella 91.* Ita recte DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez in *l. 50. Taur.* concludunt, liberos eisdemque heredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis heredibus non competat. Dissentit Anton. Fab. 8. *consect. 13.*

## TEXTUS.

## De potestate judicis in judiciis bonæ fidei, &amp; de compensationibus.

**30.** In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum auctori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare auctorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione; cui aliquid compensationis

Tom. II.

(1) *L. 20. tit. 14. P. 5.*

nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

## COMMENTARIUS.

**I** Cum jus compensandi ignotum esset in judiciis stricti juris, admissum postea ex rescripto D. Marci ope exceptionis. Justinianus vero voluit ut locum haberet ipso jure, ut jam olim obtinebat in bonæ fidei judiciis, modo causa ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem, quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, ut in fine hujus §. videbimus. Nulla itaque hodie est differentia in hac parte inter actiones bonæ fidei & stricti juris.

**2** Eo compensato in reliquum] Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cum sit: *Debiti & crediti inter se contributio, l. 1. de compens. si compensato eo quod invicem debetur, nihil supersit utrinque quod debeatur, absolvi reus debet; sin supersit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est, condemnari.* Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l. 4. C. eod. (1).*

**3** Quæ aperto jure nituntur] Id est, quæ ex causa liquida objiciuntur. Causam liquidam interpretamur: *Cum apertum est jus*

PPP

de-

*delictoris qui sibi vicissim quid deberi intendit.* Id ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in presentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed tum alii iudicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur confugere ad defensionem compensationis ex causa de qua non liqueat, & quæ altiore indagine requirat, *l. ult. §. 1. C. de compens.* ubi iudicibus præcipit, ne sint procliviores ad admittendas compensationes.

4 *Actiones ipso jure minuantur* ] Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione siq̄ facto suo, id est, non opposita defensione compensationis: nam cum Judex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, a reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur; quæ tamen allegatio proprie exceptio non est, licet ita vulgo appelletur: nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem iudicati, *l. 2. C. eod.* sed species defensionis quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis &c. Vide *infra tit. de excep.* Sed ita opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut mi-

nui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi coepit, *l. 4. C. de compens.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum quæ ex eo tempore sublata esse intelliguntur, puta fidejussorum pignora, usuræ, *l. 4. ff. d. l. l. 12. C. eod.* Itaque cum ab pecunia gratuita, alter sine usuris debet, concurrentis utriusque quantitatis usuræ non præstantur, *l. 11. eod.*

5 *Sive in rem, sive in personam* ] Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si rebus quibus compensandis & inter contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsius nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur, quam debitorum invicem pecuniæ aut quantitatis contributio; & aperte ostendit *d. l. 4. C. de compens.* (1) & alias invitus, quod iniquum est, & jus non patitur, aut re alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permuta cogar, contra *l. 16. C. de j. delib. l. 5. C. de oblig. & action.*

6 Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & Respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus quæ comprehensa sunt *l. 3. C. de compens. l. 46. §. 5. de j. fisc.*

(1) *L. 21. tit. 14. P. 5.*

*fisc. l. 20. ff. de compens.* (1).  
7 *Excepta sola depositi actione* ] (2). Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere, *l. pen. C. depos. l. ult. §. 1. C. de compens.* In hac *l. ult. §. 2.* excipit etiam actionem qua possessio rei alienæ perperam occupata repetitur: quæ sane species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet (3).

8, IN HISPANIA debitor qui compensationem allegat, justam ejus causam probare adstringitur intra decem dies, *l. 20. tit. 14. P. 5.* qui terminus constitutus quoque est probandis omnibus legitimis exceptionibus, quæ executioni a creditore obtentæ objiciuntur, *l. 2. tit. 21. lib. 4. Recopil.*

### TEXTUS.

#### De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio Judicis pendentes, appellamus: in quibus nisi arbitrio Judicis, is, cum quo agitur, actori satisfaciatur, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedit, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de*

(1) *L. 26. eod.*

(2) *L. 27. eod.*

*rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi, aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio Judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus permittitur Judici, ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

### COMMENTARIUS.

I **A**rbitrariæ actiones, de quibus in hoc textu, tertium genus constituunt plane sejunctum a superioribus; ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris, Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus, cum ait: *Præterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus.* Nam illud præterea non aliud valet, quam præter superiores; ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum quæ dicuntur arbitrariæ.

2 *Ex arbitrio Judicis pendentes* ] Actiones arbitrariæ sunt: Quæ ex Judicis arbitrio pendunt; unde & nomen acceperunt. Et pendunt quidem omnes ex arbitrio Judicis, sed non omnes eodem modo; longeque alia ratione actio de eo quod certo loco

(3) *D. l. 27.*

dari oportet, arbitraria atque ex Judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ quæ idem nomen habent. Nimirum, ut dux sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariorum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in iis tota condemnatio ex arbitrio Judicis pendet: quo in genere sunt actiones quæ sunt de eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sic data, ut certo loco redderetur, *l. 1. l. 5. & l. 6. de eo quod cert. loco.* Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio Judicis æstimandum, quanti litigatorum intersit, constituto potius loco solvi, quam eo in quo agitur: ut si rei intersit, minuatur; si actoris, augeatur condemnatio, *l. 2. pr. & §. ult. d. tit. l. unic. C. ubi conv. qui cert. loco* (1). Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit.

3 Cæteræ quæ arbitrariæ dicuntur, diversam naturam & rationem nominis habent. Hæ enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem, vel absolutionem, Judex

(1) *L. 13. tit. 11. P. 5.*

tanquam arbiter honorarius interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus pareat, absolvitur; si non pareat, condemnatur: & quidem gravior atque in aliud, quam quod faceretur jussus erat, in poenam contumaciæ. Ut ecce in actione *quod metus causa*, probato metu, jubetur reus rem quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussui Judicis non pareat, condemnatur in quadruplum, *l. 14. §. 1. quod met. caus.* In judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quantum restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *l. 46. cum l. seq. de rei vindic. l. 5. l. 8. de in lit. jurando.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere non exhibeat, *l. 3. §. 2. ad exhib.*

4 *Vel ex noxali causa*] Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, quæ ex maleficio servi adveniens dominio competit, ut si damnum aut litem æstimationem sustulerat, aut servum noxæ dedat, *infra de noxal. act.* Quæ nonnunquam arbitraria est, eis nempe casibus quibus si dominus servi ex suo maleficio conveniretur, actio directa arbitraria foret. Talis itaque erit actio noxalis *quod metus causa*.

Ve-

5 *Veluti Publiciana, Serviana*] Tres profert species actionum in rem, Publicianam, Servianam, & quasi Servianam seu hypothecariam, quas arbitrarias esse declarat: de hypothecaria etiam est textus in *l. 16. §. 3. de pignorib.* An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitraria censenda est actio in rem civilis sive rei vindicatio: quippe in qua præcipue arbitrium Judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta, ea quam supra diximus, in juratam litem æstimationem condemnatio, *l. 46. cum l. seq. de rei vindic. d. l. 5. & l. 8. de in lit. jur.* nisi quod interdum & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur, juxta *l. 68. de rei vindic.* Idemque dicendum de actionibus confessoria & negatoria, atque de omnibus actionibus in rem prætoris: quoniam omnes eundem modum & exitum condemnationis habent, ut ostendit regula generalis tradita in extremo *d. l. 68.* In summa, omnes actiones in rem arbitrariæ sunt, excepta petitione hereditatis, quam bonæ fidei esse, vidimus nuper in *§. 28. hoc tit.* Licet autem etiam actiones bonæ fidei quæ ad restituendum sunt, ut actiones commodati, depositi &c. eundem modum condemnationis recipiant, *l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. 26. depos.* non proinde dicendæ arbitrariæ: quia id non habent sola conditione arbi-

trariæ, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur; sed potestate bonæ fidei, quæ omnem æquitatis speciem complectitur.

6, IN HISPANIA omnes Judicum sententiæ a quibus appellatum non est, executioni mandantur: unde incognitæ apud nos sunt illæ actiones arbitrariæ, de quibus *sup. num. 3.* Vide, quæ dicimus *infr. de offic. Jud. §. 2.*

### TEXTUS.

Quinta divisio: de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet Judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est* (1).

### COMMENTARIUS.

I Præceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei, aut arbitraria, sive stricti juris; & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita Judex pronunciare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *l. 1. de re jud.* Etsi autem hoc semper fit, cum reus absolvitur, non fit tamen semper cum condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem, sive quod idem valet, nisi certa sententia feratur. Etenim cum ex conceptione sententiæ non apparet, quid quan-

tum-

(1) *L. 16. tit. 22. P. 3.*



tumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatae auctoritate censerī, *l. pen. & ult. C. de sentent. quæ sin. cert. quant.* (1). Donell. *lib. 27. commen. ad l. 5. §. ult. de re jud.*

2 *Quantum possibile ei sit*] Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu proculdubio incerta valere debet, veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cum enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, §. *seq. vers. huic autem & seq.* non potest Judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando (2).

3 *Etiam si de incerta quantitate*] Additum potissime propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. 13. §. 1. de re jud. §. ult. sup. de verb. oblig.* Hoc igitur vult Justinianus, etsi id quod interest petatur, cujus quantitas incerta est, *l. 68. de verb. oblig. l. 24. de div. reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut Judex prius cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet, quod

(1) *D. l. 16.*(2) *D. l. 16.*

etiam fieri debere satis aperte præcipitur in *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int.*

## TEXTUS.

## De pluris petitione.

33. Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum restituebatur a Præatore, nisi minor erat 25. annis. Huic enim, sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat; ita & in hac causa non curri solitum erat. Sane si tam magna causa justis erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori 25. annis succurrebatur, veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; que efficiebant, ut plus petisse videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa (3). Re, veluti si quis pro decem aureis quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse interderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui

(3) *L. 42. tit. 2. P. 3.*

tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur; eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit: Ephesi dare spondes? Romæ pure intendat, sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur: in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spondidit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione rellæ agit: idque etiam Præator demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur: Hominem Stichum, aut decem aureos dare spondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum.

Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriore. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat; aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur: quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vicissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit, illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea vero lex Zenoniana & nostra rem corræxit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnatum ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit,

*commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.*

## COMMENTARIUS.

1 *Superius* admonuit Judicem officii sui in ferenda sententia. *Hic* actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor id quod sibi debetur; ut petat quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa ex qua debetur. *Textus* longus est & ita clarus, ut vix explanatione indigeat.

2 *Causa cadebat*] Ut discerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum qui plus quam sibi deberetur, petierat, graviter multari, remque totam amittere, ut passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex *oratione pro Q. Roscio Comedo*, fac. l. 1. de int. in jur. fac. l. 36. de solut. Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria*, actu III. scena I. vers. 123.

*Velim quidem hercle, ut uno nummo plus petas.*  
Id veteres dicebant *causa cadere*, item formula *cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone l. de Orat. cap. 36. Sueton. in Claud. cap. 14. Senec. epist. 48. Quintil. lib. 7. Inst. orat. cap. 6. discimus.

3 *Plus autem quatuor modis*] (1) Pœnæ plus petitionis non solum locus erat, cum quis

(1) D. l. 42. tit. 2. P. 3.

re aut quantitate plus petisset, sed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco, aut causa, qualitate seu modo, Paulus l. *sentent.* 10. *Causa cadimus*, inquit, aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. *Loco, si alibi: summa, si plus, quam damus, petimus tempore, petendo ante tempus qualitate, ejusdem speciei et meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis plenius hinc loco explicantur a Justiniano, et novam lucem non desiderant; exempla etenim quæ proponuntur omnino clara sunt, uti & singulorum rationes.

4 *Sed hæc quidem anti*  
Quibuscunque modis ex quatuor quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. Sed postea ab hæc pœna recessum est, & in eos qui tempore plus peterent, alia pœna constituta a Zenone; in eos qui alio modo, a Justiniano. Quid a Zenone cautum fuerit, exponitur *infr. de except.* §. 10. nimirum, ut adversus eum qui ante tempus petiit, duplicentur indicis temporis, & his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, qui impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilico eruit Cujac. lib. 12. observ. 21. Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id peti-

tor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio interciat, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur.

5, IN HISPANIA l. 45. tit. 2. P. 3. statuit, damnandos in triplo eos qui plus loco vel causa petunt, quam quod ipsis debetur: de illis vero qui plus re, aut tempore petunt, statutum est, ut in damna reo, hac occasione illata condemnentur, & insuper, ut ad rem versus perentem plus tempore, re, hoc duplicetur, d. l. 45. l. 43. eod.

## TEXTUS.

## De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus Judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione diuæ memoriæ Zenonis.*

## COMMENTARIUS.

1 *Ex constitutione Zenonis*] Hæc constitutio, ut diximus §. præced. desideratur. Ante eam, novum iudicium necessarium erat, ut actor reliquum ultra id quod petitum erat, consequeretur, argum. hujus text. Tom. II.

quod post eam non esse necessesse, hic text. docet.

## TEXTUS.

## Si aliud pro alio petatur.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.*

## COMMENTARIUS.

1 *Si quis aliud pro alio petat*] Qui aliud pro alio petat, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet, nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur, puta ex testamento, cum debeatur ex stipulatu. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere, l. 79. de jud.

2 *Errorem suum corrigere*] Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit, l. 3. C. de eden. Quod autem in text. dicitur, id fieri posse in eodem judicio, ita exaudiendum, ut signi-

gnificet non unitatem iudicii, sed negotii apud eundem iudicem continuationem sine nova in jus vocatione, quæ olim necessaria erat. Quomodo enim idem iudicium dici potest in proprio sensu, ubi nova requiritur litis contestatio, & novæ induciæ reo ad deliberandum concedendæ?

## TEXTUS.

## Divisio sexta: De peculio.

36. *Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si vero minus invenitur, eatenus condemnat Juxta, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.*

## COMMENTARIUS.

**R**edit hic Imperator ad institutum quod interrupit §. 32. *supr.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet; & declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequimur; quædam, quibus modo

(1) *L. fin. tit. II. P. 4.*

solidum, modo minus. *Textus* autem planus est. &c. de actione de peculio satis locutum *supr.* §. 10. & amplius loquendum in §. 4. *seq. tit.*

## TEXTUS.

## De repetitione dotis.

37. *Item, si de dote in iudicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis facultates concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, sin minus, tantum, quantum facere potest (i). Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est: quæ ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

## COMMENTARIUS.

**S**unt quædam personæ quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in id tantum quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant *privilegium & exceptionem competentis*. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam ex qua agitur, partim ob personam rei cum quo agitur. Ob causam, soli donatori ex causa donationis convento, §. *seq. in fine*. Ob personam rei, variè; ob

necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis &c. ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono; ob meritum in Remp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l. 6. l. 18. de re jud.* Denique ob solam commiserationem, unde ei qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. infr. eod.* & interdum filio emancipato, exheredato, &c. ei qui se abstulit a patris hereditate, *l. 2. quod cum eo qui in al. pot.*

2. *Si de dote mulier agat* Non marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxori adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socio de dote convento, *l. 15. in fin. & l. seq. solut. matr.* Et ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis a genero conveniatur, *l. 17. eod.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l. 21. l. seq. de re judic.* Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus, *l. 20. de re judic.*

3. *Propter retentionem* Diximus, mutuum creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in solidum condemnatur. Id consequitur non tantum per compensationem proprie dictam, cum quantitates utrinque debitæ com-

pensantur; de quo §. *penult. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cum fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor ei pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentioni, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam cujus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, *l. unic. §. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in rem dot. l. 56. §. ult. de jur. dot.*

4. **IN HISPANIA** quamvis, *l. fin. tit. II. P. 4.* probans, Romanorum jura, marito concedat deductionem impensarum, utilium quas in rem dotalem fecerit: fatendum tamen est cum, Greg. Lop. in *gloss. 2. d. l. fin.*, huic doctrinæ locum non face- re societatem legalem inter con- juges, de qua in propria *Appendice* copiose egimus: solum- que eam praxi recipiendam ubi, hujusmodi societas non vigeat, ut accidit Cordubæ; ubi autem, viget, major æstimatio seu augmentum rerum dotalium inter conjuges communicatur, ut cætera lucra constante matrimonio quæsitæ.

## TEXTUS.

## De actione adversus parentem, patronum, socium, &amp; donatorem.

38. Sed & si quis cum parente suo, patronove agat; item si socius cum socio iudicio societatis agat; non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur (1).

## COMMENTARIUS.

I Cum parente suo, patronove] l. 16. & l. seq. de re jud. Parenti hoc tributum, cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam quam parenti liberi debent, ac proinde & matri itidem concedendum, Gu-tierr. 2. pract. quest. 28. num. 2. Patrono datur ob solam reverentiam quam ei debet libertus, l. 9. de obs. par. & patr. Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos a parente, ultra quam facere queunt, conveniri posse (2). Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, l. 17. de re jud.

2 Item si socius cum socio iudicio societatis] (3) Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium com-

(1) L. 1. tit. 15. P. 5.  
(2) D. l. 1.

petit, uti parenti, patrono, conjugi, d. l. 16. Non omnium bonorum socio, cum convenitur iudicio societatis, l. 63. in pr. pro soc. Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet socium hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum: cum etiam frater fratri inopi alimendum debeat, Thes. decis. 119. Tuld. comm. hoc tit. cap. 19. Placere non alias socius hoc beneficium vatur, quam si confiteatur socium esse. Negantem se socium, placet, in solidum condemnari, l. 67. in fine pro soc. l. 22. §. 1. de re jud.

3 Ex donatione] Is quoque qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantum quod facere potest, condemnatur, l. 28. de div. reg. jur. (4): & quidem is solus deducto ære alieno, l. 19. §. 1. de re jud. Pinguis enim donatori succurrere debemus, quam ei qui verum debitum solvere compellitur; ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, l. 49. cum l. seq. eod.

## TEXTUS.

## De compensationibus.

39. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono &

(3) D. l. 1. l. 15. tit. 10. P. 5.  
(4) L. 1. tit. 15. l. 4. tit. 4. P. 5.

## COMMENTARIUS.

I Hic iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor qui non habet exceptionem competentis, solidum quod debet, solvere compellitur, ut nihil ei ne ad victum relinquatur: si nequit, in carcerem ire, volente creditore, cogitur, nisi bonis cedere malit, l. 1. C. qui bon. ced. nam bonorum cessione poenam carceris evitare potest: utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, l. 51. de re jud. l. 63. §. 7. pro soc. (2). Add. Gomez 2. resol. 11. num. 52. & ad l. Taur. 79. n. 2. Ceterum, non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur; ac proinde si postea facultates aliquas quæ modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, de novo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum quod debet, sed solum in quantum facere potest, damnetur, l. 4. ll. 6. & 7. de cess. bon. (3). Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis late disputare non est hujus loci. Videndi DD. ad tit. ff. & C. eo pertinentes, D. Covarr. 2. var. cap. 1. Azev. & Matienz. in l. 4. cum seqq. tit. 16. lib. 5. Recop. Salgad. in Labyr. credit. part. 1. capp. 1. & 4.

caus<sup>2</sup> habitata ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit Juxta in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.

## COMMENTARIUS.

I Etiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc proprie est: Cum res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrinque debentur, ut ostendimus ad §. 30. sup. eod.

2 Plerumque] Hæc particula forte adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus, ut ostendimus supr. §. 30.

3 Ex eadem causa] Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam quod ex diversa causa debetur, compensari posse constat, passim tit. ff. & C. de compens. Paul. 2. sent. 5.

## TEXTUS.

## De eo qui bonis cessit.

40. Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores experiuntur (1). Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum daminari.

(1) L. 3. tit. 15. P. 5.  
(2) L. 4. eod.

(3) D. l. 3.

2. Cæterum, antequam hinc abeamus; quærendum est, quale sit hoc beneficium quod *competentiæ* vocant & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur: *Qui de suo præstare potest honeste*, deducto videlicet prius eo quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. 6. de cess. bon. l. 173. de div. reg. jur. (1)*: & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. solut. matrim.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem derrudi non possunt, aut cogi ut bonis cedant; sed ne totum quidem quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quaerere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum lautiori cibo nobilem vesci, quam rusticum oporteat, & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat: de quo *Tiraq. de nobilitate cap. 20. n. 143. & seq.* Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, ut modo diximus *n. 1.* Inter eos quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur quod ejusdem conditionis hominibus debetur, *l. 19. de re judic.* ubi vide *Don.* Denique si actor eadem paupertate qua

(1) *L. fin. tit. II. P. 4. l. 3. tit. 15. P. 5. & l. 1. eod.*

reus, prematur, non juvabitur reus: hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis, præponderat rigor juris, magisque debitorem, quam creditorem egerere convenit, *Zas. ad l. 12. & seqq. solut. matrim. num. 20. Tuld. comm. in hunc tit. cap. 19.*

3. Beneficium hoc personæ est, non causæ, sed personæ hærens: & ideo nec in herede transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris qui patri heredes extiterunt, *l. 12. & seq. l. 18. solut. matrim. l. 24. & seq. de re jud. (2).* Gomez in *leg. Taur. 50. & tres seqq. n. 4.* Neque fidejussori tribuitur, quævis ita fiat (3), ut nec debite hoc beneficium prosit: quippe cum fidejussor totum quod præstitit, a reo principali repetere possit, *l. 24. de re jud.* Neque hoc iniquum aut absurdum est, quoniam ratio quæ est inter creditorem & debitorem principalem & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Præterea qui alios seu fidejussores pro debitore obligat hoc maxime prospicit, ut cur facultatibus lapsus fuerit debitor possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi, ut optime dixit Justinianus in *§. ult. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & executi debeat, quam ad fidejussores perveniatur: tamen quod creditor a reo consequi non

(2) *D. l. fin.*

(3) *D. l. 3.*

potuit, recte exigit a fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur, *l. ult. C. de fidejuss. Don. ad d. l. 24. de re jud.* Alia cau-

sa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret si cum ipso ageretur, *l. 14. solut. matrim. l. 63. §. 1. pro soc. l. 51. §. 1. de proc.*

## TITULUS SEPTIMUS.

### QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE

EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

*Dig. Lib. 14. Tit. 5. C. Lib. 4. Tit. 16.*

TEXTUS.

Scopus & nexus.

**J**ure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in potestate habet, *§. 10. tit. prec.* Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant; non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus Prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur: quod *jussu, exercitoria, institoria, tributaria, de peculio, de in rem verso.* Sub finem adjicitur casus quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

*Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, quæ in peculium filiorum servorumque agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, quæ corundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur; ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi, dominique, idem intellectu de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.*

## COMMENTARIUS.

**I** Superius mentionem habuimus] §. 10. *præced. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum, dantur, *hoc tit.* explicat.

**2** Fere eadem jura servantur] Merito adjecit particulam *fere*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, *l. 14. de oblig. & act. filii* autem familias obligantur, & cum iis agi, tanquam cum patribusfam. potest, *l. 39. d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter senatusconsultum Maccedonianum, §. *pen. infr. hoc tit.* Aliæ differentiæ minus notæ, quia rarior earum usus, leguntur in *l. 3. §. 5. & seqq. & l. 5. §. 2. de pecul.*

## TEXTUS.

## De actione quod jussu.

**1.** Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

## COMMENTARIUS.

**I** Si jussu domini cum servo negotium gestum

est, merito adversus dominum actio quod jussu datur; atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso qui jubet contrahitur, Ulpian. *l. 1. in princ. quod jussu.* Ait Jurisconsultus quodammodo: vere enim non cum domino qui jussit, sed cum servo contrahitur: & alioqui cessaret actio quod jussu: ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit: veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu, quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *l. ult. quod jussu.* Sic, ubi ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, *d. l. ult.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, *l. pen. eod. l. 3. §. 4. de minorib.* Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, *l. 1. §§. 1. 3. 4. & 6. quod jussu.* Jussum autem proprie de patre & domino dicitur, ut mandatum de extraneis. Nam quæ hoc consensu duorum consistit, pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo personam constituit, sed jubet: quemadmodum tutor auctoritatem, curator consensum interponere dicitur. Accurate hæc distinguere solebant veteres. Quomodo jussum & auctoritas differant, docet *l. 25. §. 4. ff. de adq. vel omit. hered.*

## TEX-

## TEXTUS.

## De exercitoria &amp; institoria actione.

**2.** Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navis præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quasens pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit (1). Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Ista tamen duas actiones Prætor reddit, etsi liberum quis hominem, aut alienum servum navis, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat (2).

## COMMENTARIUS.

**I** Si quid cum servo quem dominus magistrum navis præposuit, contractum sit ejus rei causa cui præpositus est,

Tom. II.

(1) *L. 7. tit. 21. P. 4.*

(2) *L. 7. tit. 1. P. 5.*

ad eam rem actio adversus dominum edicto Prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, *tit. ff. & C. de exerc. act.* Similiter si quid cum servo quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit, in dominum eo nomine actionem Prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, *tit. ff. & C. de instit. act.* Illa a præponente, qui exercitor dicitur, nominata est; hæc a præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eandem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum, quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, §. *ult. infr. l. 29. de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

**2** Ad quem quotidianus navis questus] Exercitor dicitur: Is ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxerit, *l. 1. §. 15. de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus: Cui totius navis cura mandatæ est (3), maxime quidem cui ab exercitore, sed tamen etiam cui ab institore, *d. l. 1. §. 1. junct. §. 5.* ubi etiam ratio hujus rei redditur.

**3** Institores vocantur] Institor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quod negotio perendo instet: nec multum refert,

Rrr

in-

(3) *L. 77. tit. 18. P. 3.*

inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi, l. 3. de instit. act. puta, rebus emendis, locandis, permutandis, ut declarant exempla l. 5. eod. Quamvis autem procurator qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, proprie institor non sit, placet tamen, adversus eum qui præposuit, utilem ad exemplum institorie actionem dari, l. pen. eod. l. 5. C. eod.

4. *Etsi liberum quis hominem*] l. 1. §. 4. de exerc. act. l. 7. §. 1. de instit. act. quibus locis traditur, nihil interesse ejus conditionis sit qui navi aut tabernæ præponitur, masculus, an femina; paterfam. an filiusfam. pupillus, an adultus aut ætate major; homo liber, an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, d. l. 1. §. 16. d. l. 7. §. 1. Quare hæc duæ actiones non semper nascuntur ex negotio sive contractu gesto cum eo qui in aliena potestate est.

5. Plane, cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, l. 14. de obl. & act. & ideo solus dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui præposuit, & qui præpositus est: habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut institore directo agere, an cum iis qui eos præposuerunt, exercitoria aut

institoria experiri velit, l. 1. §. 1. de exerc. act. l. 6. §. ult. nauit. caup. Nonnulli primam actionem negant.

6. Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, singulos in solidum conveniri posse: ut in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit, l. 1. §. ult. l. 2. de exercit. act. l. 1. §. ult. & l. seq. de instit. act. Nisi omnes per se exercent: quo casu, cum non videantur invicem sui magistri, pro portionibus exercitationis conveniuntur singuli, ut eleganter ait Ulp. in l. 4. de exerc. act.

7. An igitur & ex contrahentem navem aut tabernam exercens actio constituta est adversus eo qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent; cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, l. 1. §. 18. de exerc. act. l. 1. de instit. act. Plane, si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos qui cum magistro aut institore contraxerunt, d. §. 18. l. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.

8. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magisteri aut institoris obligetur qui eos præposuit: sed ex eo duntaxat negotio quod gestum est ejus rei gratia ad quam præpositi sunt, ut in hoc textu dicitur & exemplis declaratur ab Ulpiano in d. l. 1. §. 7. & seq. de exerc. act. l. 5.

l. 5. §. 11. & seqq. de instit. act. Quid dicemus, si præpositi mutuas pecunias sumpserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habent, caute creditoribus agendum. Utrique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde, si, verbi gratia, navis reficienda aut instruenda sit & magister in eam rem pecuniam mutuatur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probetve, pecuniam in refectio-nem erogatam esse, l. 1. §. 8. l. ult. de exerc. act. Cæterum non alias utiliter aget, quam si concurrant illa omnia quæ exigit Africanus in d. l. ult. & Gloss. & DD. *ibidem*. Summa est: si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectio-nem navis impenderetur: si creditor sciverit, eum cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quam ad eam rem esset necessaria: postremo, si in eo loco crediderit, ubi id propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque ferre dicenda, si quis institori pecuniam crediderit & de actione institoria adversus dominum danda quærat, d. l. ult. §. ult.

9. IN HISPANIA nedum institor qui pecuniam mutuam ex mandato præponentis accepit, hunc obligat mutuanti; sed et-

, iam ille qui sine mandato, si modo eam in domini præponentis utilitatem converterit: quibus duobus casibus institor ipse non tenetur. E contrario institor, & non præponens obligatur, quando ille nec mandato præponentis pecuniam accepit, nec acceptam impendit in hujusmodi commodum, l. 7. tit. 1. P. 5. unde generaliter infert Gregor. Lop. in glos. 4. d. l. 7. institor, res non teneri pro eo quod, tanquam institores gesserunt. Idem placuisse Curie Parisiensi, si refert Costal. in l. ult. de inst. act. & in l. 1. §. 17. de exerc. act. & de jure Romano, no tenent nonnulli, argum l. ult. de inst. act. aitque Angelus in l. 9. de duobus reis, quod factores, licet mille litris se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quia videntur scribere factorio nomine.

## TEXTUS.

### De tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit; ita Prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quod inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debetur, & ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi do-*  
Rr 2 mi-

mino distributionem Prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

## COMMENTARIUS.

**I** Proponitur hic & clare exponitur quarta actio ex contractu servi in dominum a Prætor comparata, quæ tributoria vocatur, id est, *distributoria* sive *contributoria*, & est: *Actio competens creditoribus qui contraxerunt cum servo, sciente domino negotiante in merce peculiari, adversus dominum qui eam mercem, & quod ejus nomine receptum est, non æquabiliter inter se, si quid ei debetur, & cæteros creditores distribuit, l. 1. l. 5. §. 5. & seqq. de tribut. action.*

## TEXTUS.

## De peculio &amp; de in rem verso.

4. Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quomvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen si ve quid in rem ejus versum fuerit, id totum prestare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus prestare debeat, quatenus peculiam patitur in rem autem domini versum intelligitur quicquid necessario in rem ejus impenderit ser-

vus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem aureis, quos servus tuus a tuo mutuo accepit, creditori tuo quovis modo quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro cæteris vero quinque eatenus, quantum in peculio sit. Ex quo si licet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium esse sequi posse. Licet enim una actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque Judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit: nec aliter ad peculii estimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cuius autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quicquid servus domino, sive, qui in potestate ejus sit, debet; & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deductum ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

Quod cum eo qui in aliena potest. est &c. 501

## COMMENTARIUS.

**I** Præter superiores quatuor, sunt adhuc actiones duæ, edicto item Prætoris ex contractibus servorum adversus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quarum illa ob commodum quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes: quanquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eundem effectum adversus dominum habent, ut mox videbimus.

2. *Et quomvis sine voluntate domini*] Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, qui peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per l. 1. §. 5. de adq. v. am. poss. sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria, & institoria; vel præter generalem concessionem peculii, saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria; cum de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illâ quod jussu, nem exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, & in tribu-

toria quod sibi debetur non deducatur, l. 1. l. 5. §. 5. cum seqq. de tribut. act. de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi quod ipsi servus debet, hoc text. in fine, quasi dominus prævenisse, & cum servo egisse videatur, l. 9. §§. 2. & 3. de pecul.

3. *Sive quid in rem ejus versum*] Dominus de eo quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, l. 1. in pr. & §. 1. de in rem verso.

4. *Quicquid necessario in rem ejus &c.*] Ostendit exemplis quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit, id omne citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, l. 3. §. 1. l. 5. l. 6. eod. Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, l. 5. §. 2. & passim tot. iit. eod. nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quam est verum ipsius rei pretium; cum in necessariis spectetur pretium conventum, d. l. 5. in pr. eod. Præterea impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, l. 7. §. 3. eod.

5. *Licet enim una sit actio*] His verbis Justinianus ostendens voluit, non tantum singulis a-



tionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse; sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita ut proponit, in iudicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur & prius dominus damnetur in solidum ejus quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit; de quo non deducit quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata, ad alteram ex eadem causa regressus non datur, per l. 9. §. 1. de trib. & §. seq. hoc tit.

## TEXTUS.

## De concursu dictarum actionum.

5. *Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qui facillime solum ex contractu consequi possit, se ad diffi. ultatem perducit probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de*

*peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem juris est dominus, & ceteri creditores: ut in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria, ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem partem in prædiis, aut servum pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.*

## COMMENTARIUS.

I *Sed erit stultissimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ alijs sunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligenda cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius aut facilius suum consequi possit: quod electione, non interpretatione indiget. Planus igitur est textus iste.*

TEX-

*Quod cum eo qui in aliena potest. est &c. 503*  
sumebant, vitæ parentum insidiabantur (1).

## TEXTUS.

## De filiisfamilias.

## COMMENTARIUS.

6. *Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.*

## COMMENTARIUS.

I *Hoc idem in princ. hujus tit. monuit, promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. seq. adducit.*

## TEXTUS.

## De senatusc. Macedoniano.

7. *Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione, suæ potestatis esse cæperint), quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam con-*

I *Filiisfamil. ex contractu suo & ipse obligatur, l. 39. de oblig. & act. & patrem obligat de peculio, §. 10. supra de act. l. 3. §. 5. & deinceps de pecul. Una tantum causa excipitur, ex qua placet, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter hic complectitur Justinianus.*

2 *Senatusconsultum Macedonianum prohibuit] Hoc senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita cap. 11. Auctor, inquit, senatui fuit (Vespasianus) decernendi... Neve filiorumfamil. feneneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem. Tacitus autem lib. 11. annal. cap. 13. id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coërcuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfamil. fenori darent. Eleganter hos Auctores in concordiam reducit Petr. Fab. Semestr. lib. 25. pag. 142. ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cos. fuisse duobus novissimis anni mensibus, Sueton. Vesp. cap. 4. Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc SC. tribuendum esse & Vespasiano: illi tanquam Principi; huic tanquam*

Con-

(1) L. 4. tit. 1. P. 5.

Consuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum adhuc Coss. fuisse, patet ex Gell. *Noct. Attic.* IV. *cap.* 10. Aut Vespasianum de SCo. sub Claudio factō & postea desuetudine inumbrato iterum ad Senatum retulisse.

3 *Mutuas pecunias dari*] Duo hic notanda. Primum, cum solum contra senatusconsultam figere qui mutuam filiosfam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid factum sit in fraudem senatusconsulti, *l. 3. §. 3. de senatusc. Miced.* Deinde solam pecuniam numerate dationem senatusconsulto prohibitam: ceteras autem res omnes utiliter filiosfam. mutuo dari, nisi & in his fraus senatusconsulto queatur, *l. 7. §. 3. d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usus mutuo data sit, an sine usuris, *d. l. 7. §. 9.* quamvis Senatus præcipue prohibuit filiisfamil. honorari, *l. 1. d. tit. l. 3. C. eod.* Plane, ejus pecunie repetitionem non impedit senatusconsulti auctoritas, quæ filiosfam. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem quam pietas paterna non denegaret, *d. l. 7. §. 13. l. 5. C. eod.* (1). Et in universum cessat senatusconsultum, si pecunia in rem patris versa, *d. l. 7. §. 12. (1)*, aut voluntate patris credita sit, *d. l. 7. §. 11. l. 12. eod.* (3).

4 *Qui in potestate parentis*] Sine discrimine sexus aut gradus,

(1) *L. 6. eod.*

(2) *L. 5. tit. 1. P. 5.*

*l. 9. §. 2. l. 14. eod.* Nec refert, frugi sit filiosfamil. an non; Magistratus, an privatus; nisi castrense aut quasi castrense pecuniam habent; ad cujus quantitatem placet cessare senatusconsultum; quia in eo vice patrisfamil. fingitur, *l. 1. §. ult. l. 2. eod.* In filiosfam. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult. §. ult. C. ad senat. Miced.* (4).

5 *Denegatur actio*] Nempe si contra senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, *l. 1. de senatusc. Miced. junct. l. 9. de jurjur.* quæ est illa a Jurisconsultis veteribus usurpata exceptio senatusconsulti Macedoniani.

6 *Que illo Senatus prospexit*] Non sine gravi causa Senatus cavet, ne cui qui filiosfam. mutuam pecuniam dedisset, actio petitione daretur. Nam hoc modo dum creditores a datione pecuniarum deterrentur, præcidiunt filiosfam. materia luxuriei, & occasio contrahendi res alienum, quo cum opprimi coperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. l. 1. & hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensione Sexii Roscii.

7 *IN HISPANIA* sententia, senatusconsulti Macedoniani probata fuit *ll. 4. 5. & 6. tit. 1. P. 5.* quas modo in *marginè* adduximus: & jure recentiori

(3) *D. l. 6. eod.*

(4) *D. l. 4. eod. in fine.*

extensa fuit ad ceteros contractus ex quibus filiosfamilas sine consensu patris aliquid accipiunt, sub fide, *l. 22. tit. 11. lib. 5. Recopil.* Quæ lex omnes hosce contractus nullo proaunciat, etiamsi cum juramento celebrati appareant: & insuper eos qui ita cum filiisfamilas contraxerint, poena centum marabotinorum multat; & Tabellionem qui de illis instrumentum confecerit, officio suo privat. Idemque statuit de contractibus quos minores curatorem habentes sine ejus consensu ita celebraverint.

#### TEXTUS.

#### De actione directa in patrem vel in dominum.

8. *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodcumque in rem ejus versum erit, di-*

recto quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

#### COMMENTARIUS.

I Cui quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *l. 29. de reb. cred. l. 17. §. ult. de inst. act. l. ult. pro soc.* Quod ego Prudentium auctoritate introductum arbitror, qui postquam a Prætorè obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, hoc textu & *dd. ll.*

#### TITULUS OCTAVUS.

#### DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

#### Dig. Lib. 9. Tit. 4. C. Lib. 3. Tit. 41. (1)

I *Superiore titulo* actum de judiciis quæ in dominos dantur ex servorum contractibus: nunc agitur de iis quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum contrahendo dominos obli-

Tom. II.

(1) *L. 4. tit. 13. P. 7. l. 5. tit. 15. P. 7.*

gant, sed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim hæc non pertinent) duplex actio est: nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ultim. de delict. priv. l. ultim. de furt.* Criminaliter

Sss

ter

ter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum, eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est (1). Civiliter vero, seu pecuniarie, cum solo domino agi potest: & si quidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditioe corporis quod deliquit, evitare litis æstimationem, l. 1. cum 3. seqq. hoc tit. (2).

## TEXTUS.

## De servis. Summa.

*Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones predictæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere (3).*

## COMMENTARIUS.

**I** *Ex maleficiis*] Nomine maleficii & quasi ma-

(1) D. ll. 4. &amp; 5.

(2) D. ll. 4. &amp; 5.

leficium hic accipiemus, quemadmodum supra *contractus* appellatione & quasi *contractus* continetur.

2 *Veluti si furtum fecerint*] Noxales actiones de quibus hic agitur, appellantur: *Quæ ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos suos instituntur, l. 1. hoc tit.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint; nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane, delicta seu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas quæ publicam executionem habent, hæc actio non pertinet, l. 17. §. 18. de *ædili. edict.* l. 200. de *verb. sign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones; sicut actio de peculio, adjectio est actionis ex contractu.

3 *Aut litis æstimationem*] *Sola* litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus a lege accipit, l. 6. §. 1. de *re jud.* unde intelligimus, non esse necessarium ut in judicio noxali aut actor disjunctive petat, aut Judex disjunctive sententiam pronunciet; quamvis ita & pronunciare usitatum, §. 1. *infr. de off. jud.* & peti consultum.

## TEX-

(3) D. ll. 4. &amp; 5.

## TEXTUS.

## COMMENTARIUS.

## Quid sit noxa &amp; noxia.

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficio, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.*

## COMMENTARIUS.

**I** Non omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa, quam noxia, pro ipso maleficio usurpatur, l. 1. l. 2. §. 1. l. 14. de *nox. act.* cum *simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres *noxæ* appellatione etiam ipsum servum qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, l. 20. §. 5. de *her. pet.* item *noxam dedere*, l. 1. *in fine pr. de his qui dejec.* §. 1. *infr. de offic. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum.

## TEXTUS.

## Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditioe fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

**I** Sicut durum atque acerbum videtur, ei qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri; ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, l. 2. *hoc tit.*

## TEXTUS.

## Effectus noxæ deditiois.

3. *Dominus, noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quæsita pecunia; auxilio Prætoris invito domino manumittetur.*

## COMMENTARIUS.

**I** Dominus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit.

2 *Sin autem damnum*] Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantamcunque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio Prætoris, invito domino, cui deditus est, man-

numitti. Cujus ego rei hanc esse rationem puto, quod causa servitutis apud hunc dominum est damnnum quod ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

## TEXTUS.

## De origine harum actionum.

4. Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus, veluti furti ex lege XII. Tab. damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.

PLANUS est hic textus.

## TEXTUS.

## Qui conveniuntur hac actione.

5. Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit, quæ in diu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxiæ deductio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxam commiserit, & is servus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus), inci-

pit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.

## COMMENTARIUS.

I Noxalis actio caput sequitur] Iisdem verbis hæc regula asseritur in l. 20. hoc tit. Plerumque autem dicitur: Noxa caput sequitur, l. ultim. co. l. l. i. C. co. l. l. i. in fin. de priv. del. cum simil. Id est, noxa, aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxiæ servum, quocumque eaq; & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat. Eos noxis solutos esse, l. i. §. 1. & pass. de æ. lit. actiõ. hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit. Cætera quæ in text. traduntur consequentia sunt huic regulæ, & clara.

## TEXTUS.

Si servus domino noxiam commiserit, vel contra.

6. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit agi potest. Unde si alienus servus tibi noxiam commiserit, & is postea in potestate tua esse

cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

## COMMENTARIUS.

I Quod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxiam commiserit, secus autem si domino: nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, l. i. C. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro suo fact. ubi facete Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare: ex qua regula dedu-

cuntur plura in text. quæ clara sunt.

## TEXTUS.

## De filiisfamilias.

7. Sed veteres quidem hoc in filiisfamilias masculis & feminis admisere: nova autem hominum conversatio huic consuetudini recte respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patitur, filium suum, & maxime filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur? Cum in filiabus etiam pudicitie favor hoc bene excludat. Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri (1).

Textus iste clarus est.

## TITULUS NONUS.

## SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE

## DICATUR.

## Dig. Lib. 9. Tit. 1. (2).

I IN numero actionum noxalium est & actio de pauperie: nam quemadmodum su-

periores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnnum sarciat,

(1) D. l. 5. tit. 15. P. 7.

(2) L. 22. tit. 15. P. 7.

aut corpus quod nocuit, noxæ dedat.

## TEXTUS.

## De actione si quadrupes ex leg. XII. Tab.

*Animalium nomine, que ratione carent, si qua lascivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII. Tab. prodita est: que animalia si noxæ dederint, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex XII. Tab. scripta est, utputa, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petierit. Hæc autem actio in iis, que contra naturam moventur, locum habet. (1). Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit a domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnium sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.*

## COMMENTARIUS.

**I** *Animalium nomine* ] In rubr. hic & in D. quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex XII. Tab. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ fere solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal

(1) D. l. 22. tit. 15. P. 7.

pauperiem fecerit, l. 4. hoc tit. Solæ autem quadrupedes mansuetæ actioni directæ locum faciunt, quando motæ feritate non genitali seu nativæ, sed contra naturam sui generis damnus dederunt. Si ergo genitalis sit feritas, cessat hæc actio, hoc text. utilis tamen competet, infra §. 1.

**2** *Noxalis actio* ] Id est, ita de pauperie, ut siquidem is cum quo agitur, damni estimationem præstare velit, animal retinere possit: si vero noxæ dedere malit, liberetur, l. 1. col.

**3** *Quia ita lex XII. Tab. scripta* ] Iti ideo ita scripta, quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, arg. §. 2. tit. præc. Sane ex causa etiam gravius coerceri dominus poterit, veluti si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode, aut illud instigaverit, l. 1. §. 4. cum 3. seqq. hoc tit.

**4** *Quod sensu caret* ] Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu quo & jure uti dicuntur, supra de jur. nat. gent. & civ. Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem eum injuriam inferentem, & provocatum eum injuriam illatam repellentem, distinguitur, l. 1. §. 11. hoc tit. Vide Grot. 1. de jur. bell. cap. 2. num. 3.

## TEX-

## Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

## TEXTUS.

## De actione ædilitia concurrente cum actione de pauperie.

**I.** *Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnatur. Cæterarum vero rerum, quanti damnus datum sit, dupli (1). Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, aliam consumit.*

## COMMENTARIUS.

**I** *Edicto ædilitio vetitum* est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, l. 40. §. 1. cum 2. ll. seqq. de ædil. edict. ubi verba edicti referuntur.

**2** *Et de pauperie competit* ] Utilis scilicet. Nam, ut ante dictum est, directæ non competit de damno dato a fera bestia; sed nec utilis tunc aliter locum habet, quam si fera quæ nocuit, adhuc in potestate sit.

**3** Si pecus secundum naturam suam agendo damnus dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est (2) & prodita lege XII. Tab. Paul. 1. sent. 15. l. 14. §. ult. de præscript. verb. Non vero licebit domino fundi pecus alienum occidere, vulnerare, seu includere, l. 39. §. 1. ad leg. Aquil. l. pen. C. cod. (3). Vide tamen Gothofr. in d. l. 39. §. 1.

**4** *Nunquam actiones, præsertim pœnales* ] Hoc idem traditur in l. nunquam 130. de div. reg. jur. & alibi. De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci disputatio est: adeantur Petr. Fab. ad l. 43. §. 1. & d. l. 130. de div. reg. jur. Don. lib. 21. comment. 3. Hottoman. illustr. quæst. 29. Nos eam satis accurate examinamus in nostro Digesto tit. de obl. & act. lib. 44. tit. 7.

(1) L. 23. d. tit. 15. P. 7.

(2) L. 24. cod.

(3) D. l. 24. & ibi Lop. gloss. 5. & 6.

## TITULUS DECIMUS.

## DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS (1).

Dig. Lib. 3. Tit. 3. C. Lib. 2. Tit. 13.

**P**recedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommode nunc subjicitur de personis per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

## TEXTUS.

## Per quos agere liceat.

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut Reipublicæ causa abessent, quive in eorum cuiusvis tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe hominibus impedimento

(1) Tit. 5. P. 3. &amp; tit. 24. lib. 2. Recop.

sunt, quominus rem suam ipse excipere possint. (2).

## COMMENTARIUS.

**A**lterius nomine agere non posse] Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitime erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, l. 2. §. de orig. jur. Quas proinde suum quemque nomine præsentem proponere oportebat.

2 Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela] Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, tot. tit. C. de assert. tol. Pupillus autem propter ætatem in iudicio consistere non poterat. Præterea & aliis permissum lege Hostilia, ut est in hoc textu.

3 Nam & morbus & ætas &c.] Huiusmodi impedimenta sum procuratorum initio introduxerunt, l. 1. §. 2. de procurat. quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit. Enimvero quia non ferebant leges, ut

(2) Pr. d. tit. 5. P. 3.

## De iis per quos agere possumus.

actiones legis admitterent procuratorem, Juriscons. excogitarunt modum quo possent procuratores salvo illo vetere principio admitti, l. 123. de div. reg. jur. Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel litem excipere, sed pro se ipsis. Plura de hac fictione vide apud Hein. in Elem. jur. civ. sec. ord. Inst. §. 1246. cum seqq.

## TEXTUS.

## Quibus modis procurator constituatur.

1. Procurator neque certis verbis, neque præsentem semper adversario, imo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur (1).

## COMMENTARIUS.

**P**rocurator in usu juris dicitur: Qui aliena negotia mandatu domini admini-

strat. Nec is tantum qui administrat forensia & iudicialia, sed etiam qui alia quævis extra iudicium, l. 1. in pr. & §. 1. de procur. vide supr. tit. de mand. sed de hoc genere nunc non quaeritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui, quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

2 Rem tuam agere, aut defendere] Specialiter tamen procurator a reo datus defensor dicitur; quem vero actor constituit, procurator; nomine generis, ad speciem oppositam contracto, l. 12. C. de procur. Specialissime autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem suscipit, §. 5. tit. seq.

## TEXTUS.

## De tutoribus &amp; curatoribus.

2. Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

**P**lanus est textus iste.

## TITULUS UNDECIMUS.

## DE SATISDATIONIBUS.

Dig. Lib. 2. Tit. 8. C. Lib. 2. Tit. 57.

**Q**uoniam alieno nomine sine satisfactione agi non potest, mul-

Tom. II.  
(1) L. 13. tit. 3. P. 5.

toque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestive tractatio de satisfactionibus superioribus

Tit

ri

ri subieitur. Videamus igitur, quid sit satisfactio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est: *Promissio securitatis sine pignore nec fidejussore*, cui si iurandum accedat, dicitur *iuratoria*, §. 2. *infra. eod.* alia idonea, quæ *satisfactio* vocatur: & sit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, l. 21. §. 2. *de const. per.* frequentissime tamen ea quæ sit datis fidejussoribus, in specie satisfactio appellatur l. 1. *qui satisd.* l. 3. *C. de verb. sign.* & quoties lex aut Prætor satisfactioem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, l. 7. *de stipul. præ.* quanquam nonnunquam & pignora admittuntur, l. 1. §. 9. *de collat.* l. 2. §. 3. *quod legat.* Finis satisfactioem & cautionum, de quibus *hoc tit.* agitur, hic est, ut iudicium, eaque quæ in iudicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur plenum.

## TEXTUS.

## De iudicio reali.

*Satisfactioem modus alius antiquitatis placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisfacere possessor compellebatur, ut, si viduus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agentis, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisfactio appellatur iudicatum solvi. Unde autem sic appelletur, facile est*

*intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset iudicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisfacere cogebatur, si alieno nomine iudicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisfacere non cogebatur. Procurator vero, si in rem agebat, satisfacere jubebatur, rem ratam dominum habiturum. Periculum enim erit, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisfacere debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisfactio remittebatur. Hæc ita erant, & in rem agebatur.*

## De iudicio personali.

1. *Si vero in personam; ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quæ in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, si qui tem alieno nomine aliqui interveniret, omnimodo satisfactio, quia nemo defensor in aliena re sine satisfactioem idoneam esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis iudicium accipiebat in personam, iudicatum solvi satisfacere non cogebatur.*

*Quæ his duobus text. traduntur ad jus vetus pertinent, satisque intelliguntur ex ipsis verbis, atque ex eis quæ de jure novo Justinianus tradit in seqq. §§. & nos in commentariis dicimus.*

TEX-

## TEXTUS.

## Jus novum. De reo.

2. *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisfactionem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis; vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisfactionem pro qualitate personæ suæ dare compellitur (1).*

## COMMENTARIUS.

1. **H**odie qui suo nomine quacunque actione convenitur, satisfacere de litis æstimatione non cogitur. *De litis æstimatione* dixit pro iudicatum solvi, quæ olim ab eo qui in rem iudicium accipiebat, exigebatur.

2. *Sed pro sua tantum persona* [Cujusvis iudicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisfacere, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriam cautionem committuntur pauperiores, ut jurent scilicet, se facturos quod alias, fidejussoribus datis, promittere debuissent (2); simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth.*

- (1) L. 41. tit. 2. P. 3.  
 (2) D. l. 41. vers. Pero.  
 (3) D. l. 41. tit. 2. P. 3. vers.

*Generaliter C. de Episc. & Cler.* Personæ quoque illustres non satisfactio, sed jurant, l. 17. *C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur satisfactio, exceptis iis qui immobilia possident, l. 15. *qui satisfacere cog.* (3), quos nec jurare teneri arbitror: & alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in *rubr. qui satisfac.* opponitur cautioni juratoriam? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni.

3. *IN HISPANIA* reus a quo pecunia petitur, non aliter satisfacere, aut pignora dare cogitur, quam si debitum appareret per testes, qui saltem in summario deponant, vel per authenticam scripturam, l. 3. *tit. 16. lib. 5. Recop.* (66. *Lawri.*)

## TEXTUS.

## De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel inferatur, vel suscipitur; in actoris quidem persona, si non mandatum actus insinuatum est, vel præsens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisfactioem procurator dare compellitur (4): eodem observando & si tutor, vel curator, vel alia tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, licet quibusdam per alium inferunt.*

Tit 2

COM-

Otrosi.

- (4) L. 21. tit. 5. P. 3.

## COMMENTARIUS.

1 **I**N actoris persona] Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisfacere non cogitur rem ratam dominum habiturum, l. 1. C. de satisd. l. 65. de proc. (1): sin minus, sine satisfactione non admittitur. Sed nec omnes qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ persone conjunctæ, l. 35. l. 40. §. ult. de procur. (2): item procurator omnium bonorum, l. 5. §. 18. de nov. op. nunc. eademque conditione admittitur cui an mandatum sit, vel non sit, dubitatur, l. 3. §. 2. ut in poss. legat. l. 1. C. de proc. (3); & secundum hæc temperandi textus generales in l. 33. §. 3. l. 39. §. 1. de proc.

## TEXTUS.

## De procuratore rei præsentis.

4. Si vero aliquis conventur, siquidem præsentis procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire, & sui procuratoris personam per iudicatum solvi satisfactionem solemnem stipulatione firmare; vel extra iudicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro

- (1) D. l. 21.  
 (2) L. 10. cod.  
 (3) D. l. 21.

omnibus iudicatum solvi satisfactionis clausulis (4): ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in iudicio promiserit, sive extra iudicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus obligentur. Alii insuper cautela vel satisfactione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in iudicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, que in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

## COMMENTARIUS.

1 **D**E eo qui nomine rei iudicio intervenit, duplex tractatio est: prima de procuratore rei, id est, eo qui mandatum defendendi habet: de quo agitur hoc §. altera de eo qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur: de quo §. seq. 2. Potest vel ipse in iudicium venire &c.] Illic proponitur modus quo reus procuratorem suum ab onere satisfaciendi iudicatum solvi liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in iudicio vel extra iudicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor. Alioquin secundum regulam generaliter traditam, nemo alienæ rei idoneus defensor esse creditur sine hac satisfactione, sive mandatum habeat, sive non habeat, l. unic. C. de satisd. l. 21. rem rat. hab. (5).

Pro

- (4) Arg. d. l. 21. tit. 5. P. 3.  
 (5) D. l. 21. & l. 10. cod. in fine.

3 Pro omnibus iudicatum solvi clausulis] Nempe tribus illis, de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo, l. 6. jud. solv.

4, IN HISPANIA lex 21. tit. 5. P. 3. quam laudamus in margi, ne primam duntaxat satisfactio, nem e duabus quæ in text. recensentur, exigit, nihil de hypotheca cavens; secundam improbat.

## TEXTUS.

## De procuratore rei absentis.

5. Si vero reus præsto ex quacunque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisfactionem iudicatum solvi pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur.

## COMMENTARIUS.

1 **A**D agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisfactionem iudicatum solvi pro litis æstimatione præstare, l. un. C. de satisd. (1). 2 Cur tam varie? Nimirum humanum est, atque adeo publice expedit, absentes a quibuscunque

- (1) D. l. 10. tit. 5. P. 3. in fine.

posse defendi, l. 33. §. 2. de procur. nulla vero aut humanitatis aut publicæ utilitatis ratio suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur a falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest: nihil autem interest actoris, a quo reus defendatur, modo idonea satisfactio ea quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavuit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, l. 76. de procur. & in ipsum actio iudicari datur, l. 61. eod. l. 4. de re jud.

## TEXTUS.

## Unde hæc forma discenda.

6. Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano iudiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

## Ubi hæc forma observanda.

7. Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus: cum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam sequi.

## COMMENTARIUS.

1 **H**ÆC non indigent interpretatione. Cicero lib.



lib. 1. de offic. cap. 28. Nec Me-  
dici, nec Imperatores, nec Ora-  
tores, quamvis artis præcepta  
perceperint, quicquam magna  
laude dignum sine usu, & exer-  
citatione consequi possunt.

## TITULUS DUODECIMUS.

## DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS

ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HEREDES ET IN  
HEREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. Tit. II.

**Q**UONIAM actio alicui con-  
stituta non semper du-  
rat, sed actiones certo  
temporis spatio terminatæ sunt;  
neque etiam omnes quæ in de-  
functum competebant æque in he-  
redes dantur; & aliquando nec  
heredi datur, quæ competebat  
defuncto; non abs re est, quod  
hic titulus superioribus subjicitur  
ad tractationem de actionibus con-  
cludendam.

## TEXTUS.

De perpetuis & tempora-  
libus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus,  
eis quidem actiones, quæ ex le-  
ge, senatusve consulto, sive ex  
sacris constitutionibus proficiscun-  
tur, perpetuo solere antiquitus  
competere, donec sacræ constitu-  
tiones tam in rem, quam in per-  
sonam actionibus certos fines de-  
derunt: eas vero, quæ ex pro-  
pria Prætoris jurisdictione pen-

dent, plerumque intra annum vi-  
vere: nam & ipsius Prætoris intra  
annum erat imperium. Aliquan-  
do tamen & in perpetuum exten-  
duntur, id est, usque ad fines  
constitutionibus introductum, que  
les sunt eæ, quas honorum pos-  
sessori, cæterisque, qui hereditatis  
loco sunt, accommodat. Furti  
quoque manifesti actio, quamvis  
ex ipsius Prætoris jurisdictione  
proficiscatur, tamen perpetuo da-  
tur. Absurdam enim esse existi-  
mavit, anno eam terminari.

## COMMENTARIUS.

**Ex lege &c.]** Actiones  
quæ ex lege, senatus-  
ve consulto, aut ex Principum  
constitutionibus proficiscebantur,  
olim perpetuo solebant compete-  
re. Nimirum, cum legis & si-  
milium juris constitutionum vis  
esset perpetua, consentaneum vi-  
debatur, actiones ex his juris par-  
tibus profectas nullo tempore fini-  
ri.

Da-

## De perpetuis &amp; temporalibus actionibus. &amp;c. 519

**2 Donec sacræ constitutiones**  
actionibus certos fines dederunt] Quia officium Præto-  
ris intra annum erat, ait Justi-  
nian. in hoc text. actiones ex e-  
jus jurisdictione pendentes ple-  
rumque intra annum vivere: a-  
liquando tamen in perpetuum ex-  
tendi; & quidem honorariæ ac-  
tiones omnes quæ rei persecu-  
tionem continent, veluti Publici-  
ciana, de constituta pecunia, ex  
jurejurando, exercitoria, instito-  
ria, de peculio &c. perpetuæ  
sunt, id est, 30. annos durant,  
nisi sit quæ rescindat quod jure  
civilis ratum est, l. 35. de oblig.  
& act. Sed & ex pœnalibus quæ-  
dam perpetuo competunt, ut  
mox audiemus.

**3 Certos fines dederunt]** Ut  
scilicet actiones, 30. & ad sum-  
mum 40. annorum præscriptione  
excluderentur, ll. 3. & 4. C. de  
præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. C.  
de ann. exc. quod tempus nunc  
abusively perpetuum dicitur. Pau-  
cæ sunt, quæ demum 40. anno-  
rum spatio finiuntur. Tantum tem-  
pus durat actio hypothecaria, sed  
uno duntaxat casu, videlicet cum  
ipse debitor, heresve ejus obliga-  
tæ possessioni incumbit, l. 7. §. 1.  
C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1.  
in fine C. de ann. exc. Nam ex-  
tranei possessores bona fide pos-  
sidentes 10. aut 20. annorum,  
mala fide tenentes 30. annorum  
præscriptionem opponere pos-  
sunt, ll. 1. & 2. C. si advers.  
cred. præscr. d. l. 7. in pr. C.  
de præscr. 30. ann. Adhæc, ac-  
tiones omnes iudicio semel in-  
clusæ non nisi 40. annorum præ-  
scriptione excluduntur, d. l. 1.  
§. 1. in fine C. de ann. exc.

**4 Tam in rem]** Actiones in  
rem non minus quam actiones in  
personam olim perpetuæ fuerunt:  
utræque autem nunc eodem tem-  
poris spatio, id est, 30. annis  
terminantur. Hoc tamen intelli-  
ge, nisi res fuerit usucapta: nam  
usucapione completa, actio in  
rem veteris domini evanescit, do-  
minio ejus extincto.

**5 Aliquando in perpetuum ex-**

tenduntur] Quia officium Præto-  
ris intra annum erat, ait Justi-  
nian. in hoc text. actiones ex e-  
jus jurisdictione pendentes ple-  
rumque intra annum vivere: a-  
liquando tamen in perpetuum ex-  
tendi; & quidem honorariæ ac-  
tiones omnes quæ rei persecu-  
tionem continent, veluti Publici-  
ciana, de constituta pecunia, ex  
jurejurando, exercitoria, instito-  
ria, de peculio &c. perpetuæ  
sunt, id est, 30. annos durant,  
nisi sit quæ rescindat quod jure  
civilis ratum est, l. 35. de oblig.  
& act. Sed & ex pœnalibus quæ-  
dam perpetuo competunt, ut  
mox audiemus.

**6 Furti quoque manifesti ac-  
tio]** Actiones prætoriaræ pœnales  
regulariter tantum intra annum  
dantur, d. l. 35. de oblig. &  
act. Excipitur actio furti mani-  
festi, quæ, quamvis & ipsa præ-  
toriana sit & pœnalis, perpetua  
tamen est. Quod hanc forte rati-  
onem habet, quia non primus  
Prætor pœnam furibus manifestis  
constituit, sed eam quæ ex le-  
ge XII. Tabb. constituta erat,  
mitigavit, atque ex corporali fe-  
cit pecuniariam. Vide sup. §. 5.  
de obl. quæ ex del. Actio quo-  
que de furto aut damno in na-  
vi, caupona aut stabulo fæto,  
item actio adversus publicanos,  
quamvis & hæc prætoriaræ sunt &  
pœnales, perpetuo tamen com-  
petunt, l. ult. §. ult. naut. caup.  
stab. l. 13. §. ult. de publican.  
Judicia criminalia regulariter 20.  
annis finiuntur, l. 12. C. ad leg.  
Cornel. de fals. Sed ea huc non  
pertinent.

, IN

7 , IN HISPANIA jus exequen-  
di, seu actio executiva, ut lo-  
quuntur, ex personali obliga-  
tione descendens præscribitur de-  
cennio: actio vero personalis  
ordinaria, & *executoria super*  
*ea* (ait lex), id est, jus exe-  
quendi, seu actio executiva ju-  
dicati, quæ ex sententia adver-  
sus obligatum lata oritur, vigin-  
ti annos durat. Cæterum si obli-  
gationi accesserit hypotheca, vel  
obligatio fuerit mixta ex reali  
& personali, triginta demum  
annis præscribetur, *l. 6. tit. 15.*  
*lib. 4. Recopil. (63. Tauri)* Cum  
autem in lege ista nulla de ac-  
tione mere reali mentio fiat,  
existimandum est, eam triginta  
annis præscribi, ut statuitur *l. 21.*  
*tit. 29. P. 3.* Hæc, quæ de  
præscribendis actionibus mixta,  
& mere reali dicimus, intelli-  
genda sunt quando in præscri-  
bente, qui rem alienam possi-  
det, aliquod requisitum ex eis  
quæ ad usucapionem necessaria  
sunt, desideratur; si enim o-  
mnia adfuerint, usucapionum  
tempora de quibus in *titulo de*  
*usucapionibus* sumus locuti, pos-  
sidentem efficient dominum, se-  
curumque reddent ab omni ac-  
tione, Gom. in *d. l. 63. in fine.*

8 , Speciale quoque apud nos  
est, ut præscribatur triennium  
actio famulis competens ad pe-  
tendum a domino id quod hunc  
ipsis debere contenderint pro-  
pter salaria aut servitia in do-  
mini commodum præstita: uti  
etiam ea quæ competit Pharma-  
copolis, Nugivendis (*Joyerros*),

cæterisque officialibus mechani-  
cis, cisque qui tabernas, in-  
quis, quæ edulia venduntur, ha-  
bent. Triennium in famulis nu-  
meratur a die quo e domini ser-  
vicio discesserint: in reliquis a  
traditione mercis. Simplex au-  
tem seu extrajudicialis debiti  
intra triennium petitio hanc præ-  
scriptionem impedit, *l. 9. tit. 15.*  
*lib. 4. Recop. & ibi Azev.* Trien-  
nium quoque præscribuntur actio-  
nes quibus Advocati & Procu-  
ratores salaria ipsis debita pe-  
tere possunt, ut diximus *supr.*  
*§. 13. de mand.*

### TEXTUS.

#### De actionibus quæ in heredes transeunt, vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut a Prætores dantur, & in heredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficio pœnales actiones in heredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ (1). Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniantur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit; veluti cum testator dolose versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. I' anales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fue-*  
*runt*

runt contestata, & heredibus dantur, & contra heredes transeunt (1).

### COMMENTARIUS.

1 **A**ctionum quædam & heredes dantur: quædam heredes quidem, sed non contra heredes: quædam denique neque heredibus neque contra heredes. Et heredibus & contra heredes dantur quæcunque rei tantum persequendæ causa comparatæ sunt; nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in heredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. 25. de oblig. & act.* Dum autem actio præter rei persecutionem nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu, an ex maleficio: sed utroque casu non minus in heredes, quam heredibus actionem dari contendimus; & quidem in heredes in solidum: hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in heredem dari. De actionibus quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hered. act.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in heredes in solidum dari, *l. 7. §. 1. depos. l. 157. §. ult. de div. reg. jur.*

2 De iis vero quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat conditionem furtivam, & actionem rerum amota-  
Tom. II.  
(1) *D. l. 20. l. 25. tit. 1. cod.*

rum, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. 21. §. pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique an heredibus aut contra heredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra heredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. *7. obs. 37. & 13. obs. 39.* Ego vero existimo, etiam his actionibus heredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæc duæ actiones absolute dicuntur dari in heredem, *l. 2. l. 7. §. 2. de cond. furt. §. ult. sup. de obl. quæ ex del. l. 6. §. 4. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas adversus heredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescunque actio simpliciter in heredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad heredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, ut patet ex *l. 23. §. 8. ad l. Aquil. l. 111. §. 1. de div. reg. jur. §. 9. supr. de leg. Aquil. item hoc text. & innumeris aliis locis.*

3 Secundo: quia regulæ earum actionum quæ in heredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *l. 1. de privat. del. l. 38. l. 111. §. 1. de div. reg. jur. l. 23. §. 8. ad leg. Aquil. & hoc text.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in heredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At conditio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Im-  
Vvv  
pe-

(1) *L. 20. tit. 14. P. 7.*

perator in §. 9. *supr. de leg. Aquil.* negat, actionem legis Aquiliæ in heredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur.

4 Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus heredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur *pœnales*, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo quod plurimum & fere semper fit conceptas, sic accipere, si agatur de eo quod defunctus deliquit, id est, ad pœnam? At in conditione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. 21. §. pen. de act. rer. am.* Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi diserte Ulpian. ait, in conditione ex causa furtiva heredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri: si vero plures sint heredes, singulos pro partibus hereditariis. Quod si hoc obtinet in conditione furtiva, proculdubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus in *l. 6. §. 4. de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri heredem mulieris, perinde ac tenetur heres conditionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adver-

sus heredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hereditate, non autem de rebus amoris: ut si plures sint heredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte pro qua heredes extiterunt, secundum *d. l. 9. de cond. furt.*

5 *Ex maleficiis pœnales*] Actiones ex maleficiis pœnales heredibus dantur; at in heredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. 38. l. 111. §. 1. de div. reg. jur.* Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in heredem vero ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. l. 18. depos.* Unde quatenus pœnalis est non transit in heredem, transit vero quatenus est rei persecutoria, & quidem in solidum, quia simplum solidum est, & pœna alterum tantum.

6 Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius, quam quod abest, persequuntur; de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit, & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit ei cui eo facto quid abest; atque ita a parte

te actoris rei persecutionem continet; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in heredem non datur, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis est actio de dolo, *l. 26. de dol. mal.* item ea quæ adversus falsum tutorem datur, *d. l. 9. §. 1. quod fals. tut.* Talis quoque est adversus mensorem qui falsum modum dixit, *l. 3. §. pen. si mens. fal. mod.* item quæ proponuntur in *l. 7. §. ult. de trib. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat. ei, qui in poss. miss. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. erit, quominus quis in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. l. 4. in fin. ll. 6. & 7. de alien. jud. mut. cau.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam id tantum quod sibi abest, persequitur: a parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est.

7 At cum heres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda; quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalarum ad heredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxia non est, *l. 38. de div. reg. jur. l. 22. C. de pœn.*

8 Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam heredi-

bus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in heredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *l. 5. de calumn. l. 26. de dol. l. unic. C. ex del. def. cum similib.*

9 *Excepta injuriarum actione*] Actio injuriarum neque heredibus, neque in heredes datur, *l. 13. in pr. de injur.* (1). Quod non datur in heredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus (2): quod heredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *l. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus litæ non instituta decesserit, tacite remisisse intelligitur: de quo dixi ad *§. ult. supr. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur, *l. 28. eod.*

10 *Si quæ alia similis*] Similes habes in *l. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Hac etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exheredato aut præterito illatam quasi ulciscitur, *nov. 115. cap. 5.* & non nisi præparata ad heredes transit, *l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoffic. test.*

11 *Aliquando etiam ex contractu actio in heredem non com-*

(1) *L. 25. tit. 1. P. 7. junct. l. 23. tit. 9. P. 7.*

*petit* | Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrentes ex parte rei penales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt. Huc pertinent nonnullæ actiones ex his quæ modo retulimus *num* 6. Cæteræ ex contractibus descendentes contra heredes dantur, & quidem in solidum, ut monuimus *sup. num* 1. quia nempe dolus ex contractu & rei persecutione descendit, ut de actione depositi ait Ulp. in *l. 7. § 1. de pos.*

12 *Fuerint contestate* | Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ iudicio fuerint, quod sit his contestatione, salvæ permanent, *l. omnes 139. de div. reg. jur.* Morte dicuntur perire penales, proptereaque in heredes rei non dantur, licet active transeant: at lite contestata & active transeunt & passive, *l. omnes 26. l. 58. de obl. & act. l. penultima 164. de div. reg. jur. l. unic. C. ex del. def. (1)*: quod ex eo est, quia iudicio accipiendõ nova contrahitur obligatio iudicati, *l. 3. §. 11. de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *l. 33. de obl. & act.*

## TEXTUS.

Si pendente iudicio reus auctori satisfecerit.

2. *Superest, ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam is, cum quo actum est, satisfaciat auctori, officio iudicis convenit eum absolvere; licet in ea causa fuisset iudicii accipiendi tempore, ut damnari deberet; & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia iudicia absolutoria esse.*

## COMMENTARIUS.

1 *Quemadmodum debitor rem ante acceptum iudicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione, ad solvendam pecuniam, l. 21. de iud. ita etiam æquum est, audiri eum qui post acceptum iudicium ante rem iudicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus auctoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio, fac. l. 73. de proc. l. 5. de pu. l. 6. vet. l. ult. quæ in frand. cred.*

## TITULUS DECIMUSTERTIUS.

## DE EXCEPTIONIBUS.

*Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36. (1).*

*Pleraque observatu digna.*

1 **Q**uicquid in iudicium deducitur, aut actio est, aut exceptio: actio a parte auctoris, cujus in omni iudicio sunt partes primæ; exceptio a parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hætenus quæsitum est; de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis: nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in iudicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus qui iudicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est: *Cum reus negat, ullam auctori esse actionem de eo quod petitur.* Ea vero aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat id factum quo nomine agitur, puta, mutuum pecuniam quæ ab auctore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem actionem aliquando auctori competiisse: sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea a-

missam: exempli gratia; si dicat, auctorem ideo agere non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, accipitatione, rei interitu. Simplex inficiatio aperte nihil in iudicium deducit, neque ulla hæc neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione auctoris, quæ in dubium vocatur; id est, solum tractatur in iudicio, an verum sit quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi a reo oppositæ disputatur: ac probante auctore reus condemnatur; non probante, simpliciter absolvitur, Covarr. *An cap. Possessor male fidei 2. de regul. jur. in 6. part. 1. relect. in. n. 5.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubie in iudicium deducitur, ac proinde a reo probanda est, *l. 1. C. de prob.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, vere negare reum, actionem auctori competere.

2 Depulsio est: *Cum reus de actione auctoris confitens tam*

(1) *D. l. 25. l. 20. d. tit. 14. P. 7.*

(1) *Tit. 5. lib. 4. Recop. l. 8. & seqq. tit. 3. P. 3.*

in jure, quam in facto, et defensione utitur, quæ actionem remoueat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur.

3. Exceptio igitur est: *Defensio rei, quæ actioni, alicui jure constituta, opposita, hinc ipsam æquitatis ratione excludit*, in *pr. hoc tit. l. 2. hoc tit.* Exceptio omnis recte defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causâ, *hoc tit. in pr.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt, actionem ipso jure sublata esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt.

Pugnantia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure, & liberari per exceptionem, *l. 34. §. 1. de oblig. & act.* quanquam usu Interpretum jam obtrinit, ut omnis generis defensio quæ modo agentis intentionem repellit, siue juris siue facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. Vide Covarr. *d. loc. cit. 4. & 5.*

4. Sed quomodo reus exceptioe utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus: *Exceptionem opponi, obijci, ob stare, exceptione occurrere &c.* Item omnis defensio exceptionis in facti rei posita est, ommissa ad liberationem reo non prodest. Nomen *exceptionis* natum ex formula judicii quod sub

exceptione dabatur; sic enim Pactor subjiciebat: *Nisi, si non, extra quam si illud aut illud factum erit; aut si quæ particulæ eandem vim habent.* Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. 22. hoc tit.* ubi quæ extat definitio exceptionis, a conceptione sumpta est, sicut Ulpiani in *l. 2. eod.* ab effectu & utendi modo. Vide Duar. ad *l. 7. §. 2. de part. Cujac. 5. observ. 34.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta, *l. pen. hoc tit. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. cum similib.* de cuius verbi ratione consule Aleiat. *de quinq. ped. præscr.* Donell. in *rubr. C. hoc tit. num. 15.*

5. IN HISPANIA hæc nomina *Defensio, Exceptio*, promiscue usurpantur, *l. 8. cum seqq. tit. 3. P. 3. l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop.*

### TEXTUS.

#### Ratio exceptionum.

*Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparata autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, quæ actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.*

### COMMENTARIUS.

1. *Defensio eorum eorum gratia* | Unde vago notant, exceptiones esso juris na-

### De exceptionibus.

naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est. Ob eandem causam nonnulli censent, verbum *excipere* translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta clypeo aut scuto, quibus tela in nos directâ excipimus & retundimus. Non male fortassis, sed non ex usu Auctorum juris.

### TEXTUS.

#### Exempla.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promissisti quod non debueras promittere; palam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.*

### COMMENTARIUS.

1. **I**llustrat exemplis quod dixit in *pr.* sæpe accidere, ut actio qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam a principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum juris civilis.

2. *Metu coactus* | Qui metu coactus aliquid promittit, ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet co-

acta, voluntas tamen est, *l. 21. §. pen. quod met. caus.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Jam vero illud quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo consule Arist. 3. *Ethic. 1.* Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera; neque promississet aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci in quibus traditur, vim atque metum consensui esse contrarium, *l. 116. de div. reg. jur. cum similib.* Eodem modo explicanda exceptio doli, de qua etiam in *text.* competens ei qui dolo inductus promissit.

3. *Errore lapsus* | Circa causam promittendi: nam error in persona, aut re promissa, obligationem nasci non patitur. Vide notata ad §. 22. *supr. de inut. stipul.*

4. *Efficax est* | Per se scilicet ac vi sua, hoc est, si pura esset, neque exceptione corrigere-tur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l. 112 de div. reg. jur.*

5. *Exceptio quod metus causa* | Exceptio quod metus causa in rem scripta est: *Si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspicimus, an is qui agit, metus causa fecerit; sed an omnino metus causa factum sit in ea

re a quocunque, non tantum ab eo qui agit: quod contra evenit in exceptione doli mali, l. 4. §. pen. de dol. mal. exc.

6 In factum ] In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat: quemadmodum & actiones quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, uti illæ quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipue subsidiariæ, de quibus explicatum §. ult. supr. de leg. Apul. Et sicut ob qualitatem aut reverentiam debitam personæ quæ convenitur, in factum agendum, quo casu adversus alios est actio de dolo, l. 11. §. 1. de dol. ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, l. 4. §. 16. de dol. exc.

### TEXTUS.

#### De non numerata pecunia.

2. Idem juris est, si quis quasi credenti causa pecuniam a te stipulatus fuerit, neque numeravit. Nam cum pecuniam a te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione petente non numerate te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coramavimus.

### COMMENTARIUS.

1 **P**atet ex hoc text. exceptionem non numeratæ pecuniæ non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione non ex stipulatu nascebatur obligatio, l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.

2 **Cujus tempora** ] Exceptio non numeratæ pecuniæ, cum antea quinquennis esset, a Justiniano biennis tantum facta est, supr. tit. de lit. oblig. ubi de hac exceptione disseruimus.

### TEXTUS.

#### De pacto.

3. **P**rieterea debitor si pactus fuerit cum creditore, non a se pecunia peteretur, nihilominus obligatus in met, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intulit: Si paret, eum dare oportere; sed quia iniquum est, contra petitionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

1 **Textus hic** nulla indiget explanatione.

2, **In HISPANIA** repetenda, est memoria ejus quod sæpe diximus, pactis nempe eandem vim

, vim inesse ac stipulationibus; dum ex conventionem descendat. De hac liberatione agitur in l. 2. Et obligationes constituent, & solvant ipso jure.

### TEXTUS.

#### De jurejurando.

4. **Æque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi.** In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariae sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eandem rem vindicet: licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.

### COMMENTARIUS.

1 **E**xceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, l. 25. & l. seq. in fine de jurejur. Huc accommodanda quæ de actione ex jurejurando diximus supr. §. 11. de action.

2, **IN HISPANIA** obligatiōnem tolli ipso jure per jusjurandum, dum de quo in hoc §. consequens, omnino est ei quod diximus in §. precedenti, cum hoc jusjurandum.

### TEXTUS.

#### De re judicata.

5. **Item si iudicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.**

### COMMENTARIUS.

1 **N**on ut quisque iudicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si Judex perperam pronunciaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statuerentur sententiæ a qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas; alioqui modus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, l. 6. de exc. rei judic.

2 **Per exceptionem rei judicatæ** ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obstat, quam si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, l. 3. de exc. rei jud. Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum: quæ qualia sint, late explicatur in l. 12. cum seqq. eod.

Xxx

TEX-

## TEXTUS.

## De cæteris exceptionibus.

6. *Hæc exempli causa retulisse sufficiat; alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessarie sint, ex l. tioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.*

## COMMENTARIUS.

I Justinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximatas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantum exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen *Digestorum lib. 44. tit. 1. cum seqq.*

## TEXTUS.

## Divisio prima.

7. *Quarum quedam ex legibus, vel iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

## COMMENTARIUS.

I Hæc exceptionum divisio sumpta est a causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *sup. de oblig. & actionum §. 3. sup. de act.*

2, IN HISPANIA divisionem

(1) L. 8. cum seqq. tit. 3. P. 3. & l. 1. tit. 5. lib. 4. *Recop.*

, hoc textu traditam non agnoscerimus, sed omnes exceptiones citatas, viles sunt, ut in simili diximus, de obligationibus & actionibus, §. 1. de oblig. & §. 3. de action.

## TEXTUS.

## Divisio secunda.

8. *Appellantur autem exceptiones alie perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatorie (1).*

## COMMENTARIUS.

I Quarundam exceptionum hæc vis est, ut reade qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius ea re agi possit: aliæ vero ad tempus tantum nocent & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt *perpetuæ & peremptoriæ*, aliæ *temporales & dilatorie*, l. 2. §. ult. l. 3. *hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

## TEXTUS.

## De peremptoriis.

9. *Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt: (1) qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*

## COM-

(1) L. 8. junct. l. 11. tit. 3. P. 3.

## COMMENTARIUS.

I *Quæ semper agentibus obstant &c.]* Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstant, & rem de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere & vires principalis negotii exhaustire, l. 2. C. de prec. Imp. off. (1). Non enim actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit; nihil interesse, utrum actionem quis non habeat, an eam quæ per-exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indubitato haberi id cujus petitio ita repelli potest, l. nihil interest 112. de div. reg. jur. Dictæ igitur sunt perpetuæ non a tempore proponendi, quod quacunquē judicii parte opponi possunt, nam & dilatorie quædam post litem contestatam objici possunt; sed a tempore quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua est. Cajus eas sic definit: *Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitari possunt, l. 3. hoc tit.* scilicet semel oppositæ.

2. *Exceptio doli mali]* Obiter hic notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa ex qua actio nata esset tem-

poralis, non solum eo sensu perpetuam esse quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire; verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est, quando conveniatur, l. 5. §. ult. de dol. exc. Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest; quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio; querelæ inofficiosi quinquennio finitur, Gomez 1. var. resol. 11. num. 20.

3. *Quod metus causa &c.]* Tres hæc exceptiones, doli mali, quod metus causa & pacti conventi perpetui, exempli tantum causa proferantur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species, omnes nempe quæ rem de qua agitur, perimunt.

## TEXTUS.

## De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatorie sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti*

Xxx 2

con-

(1) L. 8. junct. l. 11. cod.

conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriae istae exceptiones appellantur (1). Alioquin si intra tempus egerint, obiectaque sit exceptio, neque eo iudicio quicquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in iudicium deducebant & consumebant; qui ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus actionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenoniane constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus Legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulerit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ei, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pena perterriti, tempora litium doceantur observare.

## COMMENTARIUS.

\* **E**xceptiones temporales & dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, dilatoriae; quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur. Cuius sic eas definit: Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, l. 3. hoc tit. Ex

hac definitione collata cum ea quam ex eadem l. 3. tradidimus §. praeced. apparebit semper, an exceptio de qua agitur peremptoria sit vel dilatoria. De exceptione quidem excussionis, quae fidejussoribus datur, dubitari potest. Est probabilis videtur, ad classem peremptoriarum referendam: nam actionem perimit, quoad fidejussorem attinet, si debitor solvendo esse reperitur: quod sufficit ut peremptoria censeatur, l. 56. de cond. instab. Alii anomalam eam appellant. Caetera quae in text. traduntur de petente ante tempus, tractata jam sunt in §. 33. de action.

## TEXTUS.

## De dilatoriis ex persona.

II. Praeterea etiam ex persona sunt dilatoriae exceptiones, quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit (2). Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinae possunt. Eas vero exceptiones, quae olim procuratoribus propter infamiam vel dantili, vel ipsius procuratoris opponerentur, cum in iudiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquirere sancimus: ne dum de his altereatur, ipsius negotii discretio proteletur.

cum seq. tit. 5. eod.

## COMMENTARIUS.

I **E**xceptionum dilatariorum quaedam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, praescriptio moratoria &c. quaedam constitutionem iudicii. Atque ex his quaedam personam iudicis, ut exceptio suspecti, & exceptio praeventiois, de qua in l. 7. de jud. item ea quae specialiter dicitur *exceptio incompetentiae*, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re de qua agitur, aut in personam cum qua agitur, jurisdictionis non est. Quaedam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in iudicio non habet, tit. C. de his qui pers. legit. &c. (1). Quaedam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quae dicuntur procuratoriae, l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit. Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcunque perversam iudicii institutionem; sive quia persona iudicis, aut adversarii, aut procuratoris idonea non est ad iudicium exercendum; sive quia actio quae intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causae praedudicium fiat; & generaliter quaecunque iudicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde a Cice-

rone lib. 1. & 2. de invent. appellantur translationes & iudicii commutationes.

2 *Mulierem*] Refert hic Justinianus aliquas exceptiones procuratorias. Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiae ratio prohibet, l. 2. de div. reg. jur. l. 1. de postul. quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, l. 54. de procur. l. 18. C. eod. ubi Imp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem (2). Plane, alias actiones in rem suam & proprium litem sibi mandatas exercere non prohibentur, l. 4. C. eod.

3 *Militibus nec pro patre*] Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, l. 8. §. 2. de proc. l. 7. C. eod.

4 *Suis negotiis*] l. 9. C. de proc. ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

5, **QUOD AD HISPANIAM**, attinet, animadvertere libet, exceptiones dilatorias proponendas & probandas esse intra novem dies qui prorogari nequeunt, a termino ad contestandam litem concessio numerandos; nisi, si notoriae fuerint, quo casu, eas qua tales intra idem spatium allegare sufficiat. Si autem peremptoriae sint, intra

, vi-

(1) L. 9. tit. 3. P. 3.

(2) L. 9. tit. 3. P. 3. l. 5.

(1) D. l. 9.

(2) D. l. 5. tit. 5. P. 3.



, viginti dies a lite contestata computandos, allegari debent; qui terminus protrahi potest, iurante reo sibi exceptiones fuisse ante ignotas, nec malitiose tunc ab eo objici, l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop. junct. l. 1. tit. 3. eod. Azev. in d. l. 1. tit. 5. Gutierr. lib. 1. practic. quest. 52. cum seq. D. Covarr. pract. quest. cap. 26. num. 2. Quinimo ipse Azev. ubi sup. n. 55. fortiter defendit, admittendas esse, attempta l. 10. tit. 17. lib. 4. Recop. quæ solam rei veritatem respiciendam jubet, exceptiones peremptorias quas reus objecerit, elapso prædicto 20. dierum termino, ante publicationem tamen

, attestatorum, quamvis nullam, alleget causam ad excusationem ignorantiae; solumque hoc casu damnandum eum, ut actori sarciat expensas retardati iudicii; atque ita se pluries vidisse, allegasse & fecisse testatur, cuius usus testis quoque est D. Covarr. in d. n. 2. vers. Reus, cusatio, ubi etiam æquiores appellat sententiam Saliceti aliorumque existimantium, locum esse post litem contestationem, nem exceptionibus dilatoriis, seu quæ ante hanc opponi debent, quotiescunque maximi præiudicii sint, juretque reus, prius earundem notitiam non habuisse.

## TITULUS DECIMUSQUARTUS.

### DE REPLICATIONIBUS.

**U**T exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, l. 2. §. 2. de exc. estque nihil aliud replicatio, quam: *Secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem a reo oppositam.* Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ a parte actoris venit, d. l. 2. §. 1. unde a Paulo dicitur *contraria exceptio*, quasi exceptionis exceptio, l. 22. §. 1. eod. quam proprie exceptio appellatur ea defensio qua reus nititur ad excludendam actionem.

#### TEXTUS.

#### De replicatione.

*Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie, justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori*

pe-

*petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnatur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei datur ex posteriore pacto convento.*

#### De duplicatione.

*1. Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est; inique noceat. Quod cum accidit; alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

#### De triplicatione.

*2. Et, si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.*

#### De cæteris exceptionibus.

*3. Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

*1. H* quatuor textus nulla indigent explicatione.  
*2. IN HISPANIA* ultra duplicationem progressus non datur,

(1) L. 3. tit. 15. P. 5.

, l. 2. tit. 5. lib. 4. Recop. l. 9. tit. 6. eod. Casum excipere, quod necesse fuerit reo instrumenta, denovo reperta producere: tunc enim ipsi juranti non antea fuisse sibi nota, eorundem in alio libello exhibitio permittenda, d. l. 2. Et vide quæ diximus in §. 3. de except.

#### TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejussoribus prosunt, vel non.

*4. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, & recte; quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati iudicio redditurus est eis, quod ii pro eo solverint. Quæ ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim, debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiat, defenditur per exceptionem: Si bonis cesserit. Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur (1): ideo scilicet, quia qui alios pro debitoribus obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi (2).*

COM-

(2) Princ. tit. 12. P. 5.

## COMMENTARIUS.

I **U**trum exceptio quæ debitori competit, ad alios, puta heredes, fidejussores, transeat necne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam, sive, quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani &c. l. 7. §. 1. *hoc tit.* Personæ cohærent, exceptio pacti quo nominatim convenit, ne a solo debitore peteretur, l. 22. *de pact.* ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, d. l. 7. *in pr.* (1). Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, d. l. 7. §. 1. l. 19. *hoc tit. de except.* l. 17. §. 5. cum aliquot ll. *seqq. de pact. & plu-*

*rimis aliis* (2). Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, l. 24. cum *seq. de re jud.* l. 22. l. 25. §. 1. *de pact. cum similib.*

2 **Quia mandati judicio**] Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura esset: quippe a quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati repetere potest, §. 6. *supr. de fidej. l. 14. C. eod.* Hinc quod a fidejussore petitur, a reo exigi, scribit Ulp. l. 29. *de recept. qui arb. rec.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens, fidejussori non proderit, l. 32. *de pact. l. 9. §. pen. in senat. Maced.*

3 **Debitor si bonis suis cesserit**] Proponitur hic exceptio secundi generis quæ fidejussoribus non prodest, illa scilicet quæ dicitur *competentiæ*: de qua vide quæ diximus *sup. §. ult. de act. num. ult.* ubi id explicuimus.

## TITULUS DECIMUSQUINTUS.

## DE INTERDICTIS.

*Dig. Lib. 43. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 1.*

I **P**ostquam de actionibus, earumque ordine, progressu & cum exceptionibus congressu dictum est, non inconve-

nienter subjicitur tractatio de interdicitis: quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est,

(1) *D. l. 3. tit. 15. P. 5.*

(2) *L. 15. d. tit. 12. P. 5.*

est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt: unde & actionis verbo contineri dicuntur, l. 37. *de oblig. & act.* Denique & olim ex causa interdicitu adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit ut recto & protinus actio in possessorem proponatur, ll. *pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & Compositores titulum *D. inscripserunt: De interdicitis, si ve extraordinariis actionibus &c.*

## TEXTUS.

## Continuatio &amp; definitio.

*Sequitur, ut dispiciamus de interdicitis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.*

## COMMENTARIUS.

I **SEU actionibus, quæ pro his exercentur**] Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impertrari, sed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

2 **Formæ atque conceptiones verborum**] Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. *D. cuius licet animadvertere.* Itaque interdictum, si ve-

terem formulam spectemus, sic recte definitur: *Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat aliquid fieri, aut fieri vetabat, prout id rei de qua agebatur, conveniebat.*

3 **Aut jubebat aliquid fieri**] Sine constitutione judicii. Nam Prætor ad postulationem interdicitum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdicitum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicitu actionem & iudicium dabat, l. 1. §. 2. *si vent. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Postea placuit, actionem sine isto circuitu recta proponi, ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam: *Actiones quibus de possessione disceptatur.*

4 **Tunc maxime cum de possessione**] Ait, *maxime*: quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, l. 2. §. 2. *hoc tit. l. 3. §. ait II.* cum §§. *seqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. cott. & æst.* quanquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo: sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum

placet, eum vincere in hoc usu, qui jus de cuius usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l. 3. §. 13. Don. ad hunc tit. C. n. 6.* Et hoc est quod dicitur in *d. l. 1. §. ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, id est, & possessionis & proprietatis; cum illa quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantum sint præparatoria, & ubi desierunt, incipiat secunda actio, *l. ult. C. quor. bon. quæ & principalis* dicitur in *l. 10. C. de jud.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita videntur, ut hujusmodi controversiæ quam celerrime imperio Prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cum in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos Judices delegari potest.

## TEXTUS.

## Divisio prima.

**I.** Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat aliquid fieri: veluti vim sine viro possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripam ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus

restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate: aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea proprie vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denunciare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari: quia interdicuntur.

## COMMENTARIUS.

**I** Divisio interdictorum (de quibus omnibus exempla traduntur in *textu*), quæ hic proponitur, a forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quam quæ de rebus privatis: in prohibitoria, restitutoria & exhibitoria. Ulpian. *l. 1. §. 1. hoc tit.* addit, quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sunt & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit, *l. 3. §. 2. ne vis fiat ei*, item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, *l. 3. §. 1. de liber. exh.* Vide Cujac. 4. obs. 11.

TEX-

## TEXTUS.

## Divisio secunda.

**2.** Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

## COMMENTARIUS.

**I** Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. hoc tit.* ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem a fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

## TEXTUS.

## De interdictis adipiscendæ.

**3.** Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur, Quorum bonorum: ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat; id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat, se

heredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem (1). Itaque si quis adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

## COMMENTARIUS.

**I** Adipiscendæ possessionis interdicta dicuntur: Quæ comparata sunt ad possessionem quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdictum quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; de tibus exhibendis, & de glutte legenda: quæ extant & explicantur in *D.*

**2** Accommodantur bonorum possessori] Competit hoc interdictum quorum bonorum ei cui ex dicto Prætoris bonorum possessio data est, *l. 1. quor. bon.* uno verbo, heredi prætorio. O-

Yyy 2

ti-

(1) *L. 3. tit. 13. lib. 4. Recop.*

tinnit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili heredes facti sunt, per *l. 1. C. quor. bon.* (1), *Glos. comm. approbata ad rub. C. eod. Ant. Fab. C. suo eod. tit. defin. un.* Quamquam hoc displicet Donell. ad *d. tit. C. num. 3. Cujac. in par. C. eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui a Prætoribus data est? Eo opus est, quod bonorum illa possessio quam Prætor tribuit, non corporis, sed juris est: hoc est, Prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantum jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l. 3. §. 1. de bon. possess.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

3 *Ut quod ex iis bonis*] Competit hoc interdictum de iis bonis quæ in hereditate defuncti, cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti: *Possideresve, si nihil usucaptum esset, l. 1. quor. bon.*

4 *Pro herede aut pro possessore*] Datur hoc interdictum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum qui pro herede prove possessore possidet; quod etiam hic expressum est: deinde adversus eum qui dolo malo fecit, quominus pro herede prove possessore possideret;

quod nominatim adjectum est in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti: *Quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, d. l. 1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, *l. 13. l. 150. cum simil. de div. reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hereditatis, *l. 7. C. de pet. her.* Esset enim iniquum, eum quem dominum esse non constat, rem auferre ei qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Ajo, justo titulo: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tenet, quominus aut interdicto cum agi, aut hereditas ab eo peti possit, arg. *l. 13. §. 1. de her. petit.* Covarr. *pract. quest. cap. 12.*

5 *Restituere debeat*] Restituendi verbum proprie refertur ad ea quæ a nobis profecta restituntur. Sed interdum & de his accipitur quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit heres eas res sibi restitui quas aliquid quando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l. 1. in fine quor. bon.* (2).

6 *Pro herede autem*] Is dicitur pro herede possidere: *Qui se heredem dicit, cum non sit,* sive sciat, se heredem non esse,

(1) *D. l. 3. tit. 13. lib. 4.*

Recop.

(2) *D. l. 3.*

se, sive se esse putet. Pro possessore autem: *Qui nullam aliam causam possidendi habet, quam quod possidet;* unde & nomen natum, *l. 11. cum seqq. de her. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod heredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hereditatis; quippe qua non tantum corporum possessores, ut interdicto, *l. 2. quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hereditarii tenentur, si se heredes esse contendant, *l. 9. l. 13. in fin. de her. pet.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet, se heredem esse, *l. 1. C. quor. bon.*

7 Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam (1). In petitione autem hereditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1. junct. l. 9. C. de judic.* Menoch. *de adip. poss. rem. 1. n. 97. & seqq. Ant. Fab. C. suo, tit. quor. bon. defin. unic.* Plane, in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulas,

(1) *D. l. 3. tit. 13. lib. 4. Recop.*

*l. 1. in pr. de rei vindic. l. 1. §. 1. quor. bon.* idque duplici respectu dicitur. I. ratione intentionis actoris, qui universa bona ad se pertinere dicit. II. ratione tituli quo reus possidet: neutro enim iudicio alius tenetur, quam qui pro herede vel pro possessore possidet. Cui non obstat quod dicitur, petitione hereditatis teneri etiam qui rem unam hereditariam; licet minimam, possidet, *l. 9. & seqq. de her. pet.* Nam qui vel unam rem hereditariam pro herede possidet, is totam hereditatem & universi juris successionem sibi asserit.

8 Est & aliud remedium possessorium heredibus propositum, sed scriptis tantum, constitutione Justiniani in *l. ult. C. de edit. D. Hadr. toll.* quo ille qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate Magistratus mittitur in possessionem rerum hereditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exheredationis aut præteritionis (2). Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec heredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri solet, redactum sit, aut petente herede nuncupato publicatum: de quo Menoch. *de adip. poss. rem. 4. nn. 648. & 726. Ant. Fab. C. suo,*

ad

(2) *L. 2. tit. 14. P. 6.*

ad eundem tit. defn. 3. & 4.

9 *Interdictum, quod Salvianum*] *Salvianum* quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum, solum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppignerasti qua de re agitur, id illi restituas*. Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam a colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, l. 1. in pr. de interd. Salvo. Porro ex communi Interpp. sententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori pigneratitio.

10 Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, §. 7. sup. de act. Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Uti illius est experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantum agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem de

qua agitur, pignori obligatam fuisse: at in actione Serviana quæ iudicii petitorii est, hoc amplius probare creditor contra tertium possessorem agens, debet, rem quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, l. 15. §. 1. de pign. l. 23. de probat. quod explicatum sub d. §. Serviana 7.

### TEXTUS.

#### De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis & utrobi: cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & ante queratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente petat. Et quia longe commodius est & potius, possidere, quam petere; ideo plerumque & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non poterit suam esse probare, reminet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitem judicari solet (1). Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi vel ædium possessione*

con-

*contenditur: utrobi vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: nam uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alicuium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret. Utrubi vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, ut ille vincat & in re soli & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestata tempore detinet.*

### COMMENTARIUS.

I **R**etinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur: *Per quæ eam possessionem quam jam habemus, retinere volumus*. Cujus generis interdicta sunt *uti possidetis* & *utrobi*. Prius de rebus soli, posteriori de rebus mobilibus, l. 1. *uti poss. l. unic. de utrobi*. Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si a rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit;

ut declaratur in calce hujus §.

2 *De proprietate alicujus rei*] Hæc interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis est, & queritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, l. 1. §. 3. *uti poss.* ubi Ulpian. ait, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos esse.

3 *Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit*] Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor, l. 13. C. de rei vind. Nam, ut demonstravimus sup. §. 1. de act. n. 19. probandum est reum possidere, ad fundandam actionem in rem. Quantum igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, iudicio petitorio de proprietate locus esse non potest, l. 62. de jud. ubi Ulp. scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fruatur. Sed qui fieri potest, ut duo de retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere non possint? l. 3. §. 5. de adq. v. am. poss. Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscen-

(1) L. 28. tit. 2. P. 3.

scendum, explorandumque, cuius causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eandem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter juste, alter injuste, l. 6. §. 1. eod. l. 3. pr. uti possid.

4 *Commodum possidendi in eo est*] Possessoris multo melior, quam petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi, rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore, res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, l. 2. C. de prob. l. 4. C. de edend. (1). Quam ob causam ei qui destinavit rem perire, hoc consilium dat Jurisconsultus in l. 24. de rei vindic. ut videat, num aliquo interdicto nancisci possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare.

5 Quid ergo, si quis non observato hoc consilio Jurisconsulti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse; quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renunciaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quam animo renunciandi possessioni aut interdicto, l. 12. §. 1. de adq. v. anz. poss.

6 *Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*] l. 1. &

pass. uti possid. l. 1. C. eod. His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiose, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tuetur, l. 1. §. ult. & l. seq. eod. Et hoc est quod dicitur in l. ult. de adq. v. anz. poss. etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere.

7 *Utriusque interdicti potestas exæquata est*] Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vineeret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, a quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulp. in l. unic. §. 1. de utrobi. Olim vero differentia observabatur, quæ refertur in textu: ibi: *Quorum vis &c.* Jure autem canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ; sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit, tanquam qui justiore possessionis causam habeat, cap. licet 9. de probat.

8 *IN HISPANIA* qui per annum & diem rem possederit, nec vi, nec clam, nec precario, sed bona fide, & justo titulo, scienteque eo qui rem

## TEXTUS.

## De retinenda vel acquirenda possessione.

petit, super possessione sua inquietari non potest, l. 3. tit. 15. lib. 4. Recop. quæ licet de locis loquatur in quibus foro proprio, seu lege municipali id reperitur statutum; tamen generaliter observatur.

9, Speciale quoque interdictum habemus, quod de interim, (de entretanto) seu possessorium, summarissimum DD. nostri appellant, usu fori introductum, simile quidem interdictis retinendæ, de quibus in textu; nonnihil tamen ab eis distinctum. Nam in nostro tantum attenditur, quis tempore litis motæ ultimum actum possessionis exercuerit, & adhibita brevitate seu summaria cognitione, Juxta interloquendo sententiam pronunciat. Unde sententia ista, non diffinitiva est, sed interlocutoria; possessionem pro eo qui probaverit, decernente Jure dice dum causa principalis pendet, ne partes interim veniant ad arma. Neque juribus proprietatis, & possessionis præjudicat. Sic ergo concipi solet sententia: *Entretanto que este pleito se ve i determina definitivamente; sin perjuicio del derecho de las partes en posesion i propiedad.* Optime D. Covarr. pract. quest. cap. 17. per totum, ubi singularia hujus interdicti invenies, Maymò hoc, tit. a n. 12.

5. *Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subiectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquenda possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur (1). Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.*

## COMMENTARIUS.

I Quoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt qui possessionem semel quæsitam amisit, quam ei qui nunquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere,

Zzz

quo-

Tom. II.

(1) L. 5. tit. 30. P. 3. l. 12. eod.

(1) D. l. 28. tit. 2. P. 3.

quomodo possessio acquiratur, ac-  
quisita quomodo retineatur.

2 Non solum si ipse possi-  
deat, sed & si ejus nomine ]  
Possidere, auctore Theoph. § pro-  
pen. supra per quas pers. cuiq.  
adj. est: Animo & affectu do-  
minantis rem tenere. Itaque qui  
alieno nomine in possessione sunt,  
huc non pertinent, veluti con-  
ductus, commodatarius, deposi-  
tarius, procurator, amicus, hos-  
pes, l. 3. § 11. cum simil. (1).  
Atque ex eo intelligimus, si hi  
controversiam possessionis patian-  
tur, interdicto ad retinendam  
possessionem experiri non posse,  
l. 3. § 8. uti possid. Vide tamen  
Menoch. retin. pos. rem. ult. Fru-  
ctuarius quoque non magis possi-  
det, quam superiores, § 5.  
supr. per quas pers. cuiq. adj.  
l. 6. § 2. de precar. Placuit tam-  
en, inter fructuarios interdictum  
uti possidetis reddendum, item-  
que inter fructuarium, eumque  
qui sibi usum defendat, l. ult.  
uti possid. Sed non est novum,  
ut fructuario propter jus quod in  
re habet, plus tribuatur, quam  
aliis qui possessores non sunt,  
etsi rem similiter teneant. Nam  
& fructuario vi dejecto datur in-  
terdictum unde vi, l. 3. § 13.  
& seq. de vi & de vi arm. quod  
argumentum est, eum, licet non  
possideat, tamen pro possessore  
in his interdictis haberi, quan-  
diu ususfructus perseverat, Cu-  
jac. 9. obs. 33. Don. ad l. unie.  
C. uti poss. num. 5.

3 In possessione sit ] Recte

(1) L. 5. d. tit. 30. P. 3.

(2) L. 12. eod.

in possessione. Nam aliud longe  
est possidere, aliud in possessio-  
ne esse, l. 10. § 1. de acq. v. am.  
poss. sicut aliud est servire, aliud  
in servitute esse, § ult. supra  
de ingen. Is possidet cujus no-  
mine possidetur: qui autem in  
possessione sunt, alienæ posses-  
sioni præstant ministerium, l. 18.  
pr. de acq. v. am. poss.

4 Retinere possessionem posse  
aliquem per quemlibet ] Per eos  
qui nostro nomine in possessione  
sunt, puta per servum, colou-  
num, inquilinum, procuratorem  
&c. possessio nobis retineri pot-  
est (2). Sed nec illis vita depe-  
dentibus possessio amittitur, in-  
que eo veteres omnes conser-  
vavit. Hoc amplius Proculus pu-  
tabat, etiamsi sponte e possessione  
ne discessissent, videlicet animo  
eam derelinquendi, nihilominus  
possessionem a nobis retineri,  
l. 31. de dol. mal. (3). Sabini  
contra, spontanea illa discessio-  
ne interpellari. Sabini sententiam  
secutus est Africanus l. 40. § 1.  
de acq. v. am. poss. sententiam Pro-  
culi Paulus l. 3. § 8. eod. Ceterum  
si alii possessionem tradiderint,  
possessionem amitti etiam  
Paulus concedit d. l. 3. § 9. quod  
& apud Julianum relatum est  
l. 33. § 4. de usurp. & usu-  
cap. (4). Papinianus hoc amplius,  
discessu eorum possessionem amitte-  
ti, si alius eam ingressus fuerit, l. 44.  
§ ult. de acq. v. am. poss. Hanc  
autem veterum controversiam sus-  
tulit Justinianus l. ult. C. eod.  
ubi generaliter constituit, ut si-

(3) L. 13. eod.

(4) D. l. 13. tit. 30. P. 3.

ve dereliquerint possessionem, &  
alius eam occupaverit, sive pos-  
sessionem alii prodiderint, nihil  
penitus ex ea re præjudicii domi-  
nis generetur. Et quanquam re-  
centiores nonnulli, ut Cujac. par.  
C. eod. Donell. 5. comm. 12. An-  
ton. Fab. dec. 4. err. 2. & seq.  
existimant, constitutionem illam  
non pertinere ad casum quo in  
possessione relictus alii eam tra-  
dit (1); verius tamen esse, quod  
his constitutionis verbis: Vel alii  
prodiderit, tradens æque ac de-  
serens comprehendatur, evincit  
ratio quæ mox subjicitur, ne ex  
aliena malignitate alienum dam-  
num emergat. Quomodo & vulgo  
Interpretes, quos laudat & se-  
quitur Menoch. rec. poss. rem. 14.  
num. 17. & seqq. Illud constat,  
possessionem amitti, si in pos-  
sessione relictus vi dejectus fuerint,  
l. 1. § 22. de vi (2).

5 Animo solo retineri posses-  
sionem ] Etiam solo animo reti-  
neri possessio potest, l. 4. C. de  
acq. poss. Itaque licet corpore  
quis e fundo exierit, quandiu  
animus amittendæ possessionis ab-  
est, possessio rebus integris reti-  
netur, l. 3. § 7. & seqq. l. 6.  
in fin. eod. (3), quamvis neque  
servum, neque colonum &c. in  
fundo reliquerit, l. 44. § ult. eod.  
idque ex jure possessio mutata  
est, ut pleraque alia, l. 49. eod.  
& utilitatis causa receptum, ne  
testudinis more perpetuo domi-  
nos continere, aut possessionem  
amittere cogamur. Enimvero quod  
dicitur, animo solo possessionem

retineri, id ita temperandum est,  
si facultas nobis relicta sit, eam,  
cum velimus, iterum corpore  
apprehendendi: ea tamen facultate  
sublata etiam inviti posside-  
re desinimus, d. l. 3. § 13.

6 Hic autem locus occasio-  
nem Doctoribus præbuit, ut eum  
qui discessit, civilem tantum pos-  
sessionem retinere, non autem  
naturalem, existimaverint, sed  
hanc demum iterum ingresso ac-  
quiri (4). Illud a vero abest quam  
longissime quod quidam asserunt,  
civilem, quam vocant, possessionem  
retineri, ejusque beneficio in-  
terdictum uti possidetis compe-  
tere, etiamsi ab alio possessio vi  
occupata sit. Nam possessio pla-  
ne amissa intelligitur, quæ nobis  
dejectis aut repulsis, vi ab alio  
occupata est, l. 6. § 1. l. 25. § ult.  
de acq. v. am. poss. Neque hic ani-  
mus ad retinendam possessionem  
sufficit: quoniam, ut maxime veli-  
mus, eam repetere non possu-  
mus, d. l. 3. § 13. eod. Et ergo  
si dejectus nullam prorsus pos-  
sessionem habet aut retinet, nec  
retinendæ possessionis remedio ju-  
vari potest: sed necessarium ei  
erit interdictum unde vi, quod  
possessionis recuperandæ causâ  
comparatum est. Ceterum si ve-  
tere possessore non dejecto, &  
in possessione adhuc manente,  
possessio ei minuatur vel turbe-  
tur, seu vis ei fiat, quominus,  
uti possidet jure, ita plene pos-  
sideat, tunc locus est interdicto  
uti possidetis. Vide Menoch. rem.  
ult. retin. poss. n. 17. In sum-

Zzz 2

(3) L. 12. tit. 30. P. 3.

(4) L. 2. eod.

(1) D. l. 13.

(2) D. l. 13.

ma, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem: quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis agere deberet, Anton. Fab. lib. 8. C. sui, tit. 4. definit. 8.

7 *Animo solo adipisci possessionem nemo possit*] Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, l. 1. §. 3. de adq. v. am. poss. Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis, l. 3. §§. 1. & 3. l. 8. l. 23. eod. (1). Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat: quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, l. 1. §. 1. d. l. 3. §. 3. d. l. 23. eod. semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, d. l. 1. §. pen. l. 18. §. 2. l. 51. eod. (2). Falluntur enim qui hujusmodi casus a regula exceptos putant, quasi hic nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in d.

(1) L. 6. tit. 30. P. 3.

(2) D. l. 6. cum duab. seqq. eod.

l. 1. §. pen. & d. l. 51. Sed illi, cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed duntaxat crassiorem illam apprehensionem quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsitæ etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiratur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, d. l. 3. §. 12. d. l. 18. de adq. v. am. possess. (3): quoniam in iis quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur.

8 Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit (4), aut in aliam speciem transformata, l. 30. §§. 1. & 4. de adq. v. am. poss. si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, d. l. 3. §. 13. eod. si locum possessum flumen aut mare occupaverit, d. l. 3. §. 17. (5): si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu terri ti accedere nolumus, tot. tit. de

(3) L. 3. eod.

(4) L. 14. eod.

(5) D. l. 14. tit. 30. P. 3.

vi, l. 3. §. 8. l. 6. in fin. l. 25. §. ult. de adq. v. am. poss. (1): si furto aut rapina res mobilis ablata sit, l. 15. si in flumen deciderit, ut mergeretur, l. 13. eod. (2). Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter a veteribus traditum est, l. 3. §. 6. l. 17. §. 1. & l. seq. l. 44. §. 2. eod. Neque obstat huic sententiæ quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo quo acquiratur, seu non amitti nisi animo & corpore, l. 8. eod. l. 153. de div. reg. jur. Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fit, semper utrumque in contrarium agitur, Duaren. ad d. l. 3. §. 6. Donell. lib. 5. comm. cap. 13.

9, IN HISPANIA videtur probata in l. 12. tit. 30. P. 3. opinio, Angeli, aliorumque qui existimant, non aliter possessionem, amitti per derelictionem, quam si is qui rem possidebat, eam hoc animo dereliquerit, ita ut non amittatur nisi animo & corpore, secundum sententiam Pauli in l. 153. de div. reg. jur.

(1) L. 17. eod.

(2) D. l. 17.

(3) L. 13. eod.

quam modo laudavimus n. præced. Vide Gregor. Lop. in glossa 1. d. l. 12.

10, Et in l. 6. d. tit. 30. P. 3. probatur, ut apud Romanos, quod possessio non acquiratur, nisi animo simul & corpore, ut in margine notavimus. Cæterum, ab hac regula excipitur possessio rerum majoratum, quæ sine ullo facto neque animo acquiratur successoribus, ut tradidimus in Append. de major. n. 19.

### TEXTUS.

### De interdicto recuperandæ & affinis remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi: per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat* (3). Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam estimationem rei dare vim passo compellitur (4). Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi ex-

(4) L. 10. cum seqq. tit. 10. P. 7. l. 1. tit. 13. lib. 4. Recop.



pulerit, de vi publica tenetur (1).  
 Armorum autem appellatione non  
 solum scuta & gladios & galeas,  
 sed & fustes & lapides signifi-  
 cari intelligimus (2).

## COMMENTARIUS.

**I** AD recuperandam posses-  
 sionem unde vi interd-  
 dictum proditum est ei qui vi de  
 possessione dejectus est: quod  
 fuisse declaratur ab Ulpiano. l. 1.  
 & l. 3. de vi, & de vi arm.  
 Pertinet autem hoc interdictum  
 ad eos tantum qui de fundo &  
 ædibus deiciuntur: ad rerum ve-  
 ro mobilium possessionem recu-  
 perandam non pertinet: quoniam  
 hic sufficit actio furti aut vi bo-  
 norum raptorum, d. l. 1. §. 3. &  
 seqq. Idemque est, si quis de  
 nave aut vehiculo deiciatur, d.  
 l. 1. §. 7. Paul. §. sent. 6. videli-  
 cet si navis aut vehiculum simul  
 abducatur: alias dejecto injuria-  
 rum duntaxat actio datur. Plane,  
 de rebus mobilibus quas quis eo  
 in loco unde vi dejectus est,  
 tunc cum deiceretur, habuit,  
 placet etiam hoc interdictum red-  
 di: quia verum est vi de eo lo-  
 co dejectum esse, l. 1. pr. §. si  
 fundus 32. & seqq. l. penult. eod.  
 Et quoniam difficulter a dejecto  
 probari potest, quæ & cujus æsti-  
 mationis, res direptæ & deper-  
 ditæ fuerint, cautum est, ut ei  
 de qualitate & æstimatione ear-  
 um rerum juranti fides habeatur,  
 hoc adjecto, ne liceat ei jurare  
 ultra taxationem factam a Judice,  
 qui recte facturus sit, si prius

(1) L. 8. d. tit. 10. P. 7.

quam jurandum deferat, pro  
 personarum & negotii qualitate  
 modum statuatur, quem jurando  
 non liceat excedere, l. 9. C. eod.  
 Hoc interdicto ex constitutione  
 Justiniani etiam is tenetur qui rei  
 alienæ vacuum possessionem sciens  
 occupavit, l. ult. C. eod. cum ju-  
 re veteri non aliter hoc casu in-  
 terdicto locus esset, quam si re-  
 versus dominus ab ingressu præ-  
 dii prohiberetur, l. 6. in fine de  
 adq. v. am. poss. d. l. 1. §. si ve-  
 tem 24. de vi, Don. ad d. l. ult.  
 n. 8. Menoch. recup. poss. rem. 3.  
 2 Dejectus fuerit ] Dejecti in-  
 telligitur is solus qui possidet  
 unde & huic soli interdictum un-  
 de vi competit, d. l. 1. §. non  
 alii 45. de vi. Et ideo si colonus,  
 inquilinus, procurator, hospes,  
 aut alius qui nostro nomine in  
 possessione est, dejectus sit, in-  
 terdicto nos soli experiemur. Nam  
 ut isti non possident, sed nos  
 per eos possidemus; sic iis deje-  
 ctis, non ipsi dejecti intelligun-  
 tur, sed nos, qui per eos possi-  
 debamus, d. l. 1. §. 22. l. ult. eod.  
 Plane, fructuario & usuario etiam  
 hoc interdictum datur, licet &  
 ipsi non magis, quam superiores,  
 possideant, l. 3. §. 13. &  
 seqq. eod. Sed his plus tribui so-  
 let, quia emolumentum rei suo  
 jure percipiunt, quam aliis qui  
 possessores non sunt, ut demon-  
 stratum §. præc.

3 Constantinus autem, dum  
 vult reprimere eorum audaciam  
 qui absentia dominorum confi-  
 dentiores facti, deiciunt eos qui  
 absentis nomine in possessione  
 sunt,

(2) L. 1. eod.

sunt, spe impunitatis sibi pro-  
 posita, eo quod neque dominus  
 absens subvenire poterat, neque  
 dejecti interdicto agere; ultro o-  
 mnibus qui absentis nomine in  
 possessione fuerunt, & inde de-  
 jecti sunt, hoc interdicto sive ac-  
 tione ad possessionem recupe-  
 randam nomine domini absentis  
 experiri permisit; & quidem nul-  
 lo expectato domini mandato: cui  
 nihilominus actiones suas integras  
 conservavit, l. 1. C. si per vim  
 vel alium mod. poss. Add. Me-  
 noch. recup. poss. rem. 6.

4 Cogitur restituere posses-  
 sionem ] Et præter possessionem  
 occupatam, fructus quoque o-  
 mnemque utilitatem quæ ad eum  
 qui dejectus est, venire potuis-  
 set, si dejectus non foret, d.  
 l. 1. §. ex die 49. & seqq. l. 15.  
 de vi, l. 4. C. unde vi (1).

5 Licet is ab eo, qui vi de-  
 jecerit ] In interdicto uti possi-  
 detis succumbit qui ab adversa-  
 rio vel vi, vel clam, vel pre-  
 cario possidet, §. 4. sup. eod.  
 In interdicto autem unde vi etiam  
 ille vincit. Nimirum in hoc in-  
 terdicto visum est, dejectum sta-  
 tim & sine exceptione restituen-  
 dum esse, ne occasio detur tum-  
 ultus. Enimvero qui dejectus,  
 non ex intervallo, sed inconti-  
 nenti & fervente adhuc congres-  
 su deicientem rursus dejecit, is  
 non tenetur hoc interdicto: quia,  
 quod licet, vim vi repulit, l. 3.  
 §. 9. eod. ac proinde possessio in  
 pristinam causam potius reversa,  
 quam ille vi possidere intelligen-

us est, l. 17. eod. Jure civili  
 hoc interdicto tantum tenetur qui  
 dejecit, non alius qui rem pos-  
 tea possidere coepit, l. 7. un-  
 de vi.

6 Canones autem id exten-  
 derunt etiam adversus tertium  
 spoli possessorem, dummodo  
 sciat vim factam esse; quoniam  
 hoc ipso se socium delicti facit,  
 cap. sepe 18. de rest. spol. Qui  
 autem bona fide & justo titulo  
 possessionem nactus est, non ten-  
 netur, Menoch. recup. posses.  
 rem. 15. quest. 13. Idem Can-  
 ones & pinguis remedium pos-  
 sessionis recuperandæ introduce-  
 runt, can. redintegrandæ 3.  
 quest. 1. nempe etiam rei mobi-  
 lis per vim amissæ (2).

7 Ut supra diximus ] §. 1.  
 de vi bon. rapt. ubi didicimus,  
 eandem quoque poenam in rebus  
 mobilibus vi ereptis locum habe-  
 re. Genera quoque violentiæ di-  
 stinximus, & qua quæque poenâ  
 coerceretur, obiter notavimus sub  
 rub. eod.

8 Lege Julia de vi ] Ne quid  
 per vim admittatur, etiam legi-  
 bus Julii de vi publica & de vi  
 privata prospectum est, l. 1. §. 2.  
 de vi. Lege Julia de vi publica  
 tenetur qui aliquem armis de pos-  
 sessione expulit, l. 3. §. 2. ad  
 l. Jul. de vi publ. De vi priva-  
 ta, qui sine armis, l. 5. ad leg.  
 Jul. de vi priv. Vis armata ideo  
 publica habetur, quod solius Rei-  
 publ. est armis uti. De poena  
 harum legum est in §. 8. infra  
 de publ. jud. (3).

TEX-

(1) D. l. 13. tit. 30. P. 3.

(2) L. 10. d. tit. 10. P. 7.

(3) D. l. 8. tit. 10. P. 7.

## TEXTUS.

## Divisio tertia.

7. Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est; qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, a quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum Prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est qui desiderat, ne quid fiat: reus est qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti uti possidetis interdictum, & utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est: nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.

## COMMENTARIUS.

I Tertia hæc divisio sumpta est a personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantum personam sustinet, nempe vel actoris vel rei, & simplicia appellantur: qualia sunt, in quibus Prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti: Unde vi tu il-

lum dejecisti, ed illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines, exhibeas. Quædam, in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei, & dicuntur duplicia; qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: Uti possidetis, quominus ita possideatis &c. Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini, l. 1. in princ. de superf. Extat hæc divisio apud Paulum l. 2. pr. hoc tit. Alibi hæc interdicta eodem sensu mixta dicuntur, l. 37. §. 1. de obl. & act.

2 Par utriusque litigatoris conditio] Quia uterque potest agere: is tamen actoris partes sustinet in his interdictis, qui prior ad judicium provocavit, arg. l. 13. de judic. idque non tantum quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem, ac proinde non probante eo qui provocavit, reus absolvitur.

## TEXTUS.

## De ordine &amp; vetere exitu.

8. De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie diere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ea causa interdicti reddita fuisset.

COM-

## COMMENTARIUS.

I Extra ordinem] Veterem scilicet, quo Prætor aditus non judicabat, sed

Judicem dabat. Hoc autem veteri ordine abolito, non est necesse reddi interdictum, sed recta via ab initio proponuntur actiones, ut docet hic Justinianus, & diximus in pr. hoc tit.

## TITULUS DECIMUSSEXTUS.

## DE PŒNA TEMERE LITIGANTIUM.

I Cognito jure tum actoris tum rei, non inconvenientis Justiniano visum est, aliquod subjungere de pœna qua coercerentur qui eo jure abutentes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimiorem. Itaque cum nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbet, quam litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur, cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, Regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut a litigando homines deterrantur, & pœnarum criminatione, tam temere litigantium confidentia, quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ quibus litigatores se mutuo provocabant: Ni veram bonamque causam haberent; quarum frequens mentio apud Ciceronem: tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora; inter quæ & sponsiones quid intersit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomanus in Quinti ma. Temeritas autem litigantium, ut in text. dicitur, coerc-

## TEXTUS.

## De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniariæ pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiae metu coercetur.

## COMMENTARIUS.

I Legislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem, Tom. II.

Aaaa

ce-

etur poena pecuniaria, jurisjurandi religione, aut infamiae metu.

## TEXTUS.

## De jurejurando &amp; poena pecuniaria.

1. Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit (1). At adversus inficientes ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuriae, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli, nec manifesti, dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coërcetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset, sed existimando, se bonam causam habere (2). Utriusque etiam partis Advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprahensum est. Haec autem omnia pro veteri calumniae actione introducta sunt; quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat quod nusquam factum

esse invenimus: sed pro his introductum est & praefatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnium & impensas litis inferre adversario suo cogatur.

## COMMENTARIUS.

I Jusjurandum calumniae, quod apud veteres usurpatum, l. 44. §. 4. *fam. erisc.* in desuetudinem postea abilis videtur, Justinianus revocavit, l. 2. l. 6. *C. de jur. propt. cal. dand.* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret; primum actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere; deinde reus, se non dolo malo, aut negotii facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia uti, & juste ad inficias ire, *novell. 49. cap. ult. §. 1. (3)*. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit, Perez ad *d. tit. C. n. 3*. Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse, *nov. 49. auth.* Hoc sacramentum, & *auth.* In isto *C. eod. nov. 124. cap. 1. auth.* Principales *C. eod. (4)*. Jurandum autem est apud Judicem qui de causa cognoscit. Ceterum si vel personae dignitas, vel

se-

sexus verecundia, vel morbus non patitur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis qui iuramentum domi litigantis excipiat, praesente adversario ejusve procuratore, *d. nov. 124. cap. 1. d. l. 2. §. 1. C. eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *cap. cum causam 6. de jur. calumn.* & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet.

2 Utriusque etiam partis Advocati] Etiam a patronis causarum seu Advocatis jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse: nullam se operam, nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omissuros, *l. 2. pr. C. de jur. propt. cal. l. 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante praecedente reorum juramento, procuratores ad exemplum Advocatorum similiter suo nomine jurent, *d. cap. cum causam 6. de jur. calumn.*

3 Damnium & impensas] Appendix sententiae est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque &

cetera damna victori condemnandum esse, *l. 79. de julic. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. nov. 82. cap. 10. & hoc textu.* Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim vere de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, *d. l. 79. de judic.* Plane, si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis, placet, hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *d. nov. 82. cap. 10. auth.* Post jusjurandum in fine de jul. (1): idque Judicis religioni & prudentiae aestimandum relinquitur: neque tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum peti debet.

4, IN HISPANIA *l. 2. tit. 16. lib. 2. Recop.* Advocatis injungit jusjurandum, de quo *sup. vers. Utriusque, n. 2.* in ingressu sui officii seu maneris, semel quotannis, & quaecumque, que Judex vel adversarius illud, exegerit.

5, Illud quoque monendi sumus, *l. 8. tit. 22. P. 3.* quae malitiosos litigatores coëcet, eos multandos statuere in impensas litis, quin ullam de damnis alteri illatis parti, mentionem faciat. Additque *lex eadem*, jusjurandum calumniae a praedicta impensarum condemnatione jurantem liberare, eum

Aaaa 2

, a

(1) L. 23. tit. 11. P. 3.

(2) D. l. 23.

(3) D. l. 23. tit. 11. P. 3.

(4) D. l. 23.

(1) L. 8. tit. 22. P. 3.

a suspitione eximendo. Monet tamen recte Gregor. Lopez in gloss. 2. ejusd. l. hanc sententiam intelligendam esse, quando non adest temeritas in litigando, vel ex aliis non constaret de calumnia litigantis, cum lex ista fundata sit in presumptione bonæ fidei, quæ præsumptio per alias præsumptiones vehementiores elidi potest: alias cum semper de calumnia jurandum sit juxta l. 23. tit. 11. P. 3. nunquam victus in expensas litis condemnari posset: sicque praxi receptum dicit, & quotidie videmus.

## TEXTUS.

## De infamia.

2. Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo: item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio, quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & recte; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit (1).

## COMMENTARIUS.

I POENA infamiae non tam temeritatis poena est,

(1) L. 5. tit. 6. P. 7.

quam doli, & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea hæc non pertinent.

2. Veluti furti &c.] Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, delicto notantur infamia, l. 1. de his qui not. infam. Damnatio ea accipienda est, vel a qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, l. 6. §. 1. eod. Famosa quoque sunt judicia sepulchri violati, l. 1. de sepulch. viol. & expilatæ hereditatis, quod est gravius judicio furti, l. 1. C. ex quib. caus. infam. ita delictio quæ est adversus mulierem quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, l. 15. cum 4. seqq. eod. Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli poenæ contumaciam coerceri, Don. 15. comm. 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, l. 13. unde vi. Illud constat, in conditionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis causis descendant, l. 36. de oblig. & act. veluti in conditione furtiva, & actione rerum amotarum, per l. penult. de cond. furt. l. 26. de act. rer. amot.

3. Tutelæ, mandati, depositi, pro socio] (2) Etiam quatuor hæc judicia ex contractu profici-

(2) D. l. 5.

cientia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæc conditiones concurrant: si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, l. 1. l. 4. §. ult. de his, qui not. infam. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, l. 6. §. ult. de his, qui not. inf. supra §. 6. de susp. tut. Neque enim convenit, infamiae notam eniquam inuri, qui nihil turpe admisit, sed culpa tantum imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, l. 42. de verb. sign. (1). Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit judicio directo, d. l. 1. de his, qui not. infam. (2). Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus quod contrario judicio agenti abest, d. l. 6. §. ult. eod. tit. l. 5. depos. Hæc autem conditio addita, non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane, in causa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia, ut in specie d. l. 6. §. antepenult. de his, qui not. infam.

4. Nec ratio deficit cur in cætoris bonæ fidei judiciis damna-

(1) D. l. 5.

(2) D. l. 5.

ti non fiant infames. Licet enim in omnibus, qui se malitiose gerunt, fidem ex æquo violet; in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiae, quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius pro Rosc. Amer. eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet. Add. Don. 18. comm. 8.

5. Sed & pacti] Non solum damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, d. l. 1. l. 4. §. ult. de his, qui not. inf. Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur, l. 5. eod. confessus autem pro judicato est, l. 1. de confess. Quod autem ita acceptum est, si quis cum pretio quodcumque pactus sit (3): non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, l. 6. §. 3. de his, qui not. inf. In actionibus vero quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur: quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potius hic de eo quod adversarii interest, interposita præsumitur, quam ex conscientia doli, l. 7. eod.

## TEX-

(3) D. l. 5. tit. 6. P. 7.

## TEXTUS.

## De in jus vocando.

3. *Omniū autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicī proficiscitur, qui Prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicendus sit. Qua parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso Prætoris postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

## COMMENTARIUS.

I **C**oncluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia quæ hæcenus dicta sunt, pertinent; doceturque, actionem omnem instituendam esse apud Magistratum cujus de eare jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

2 *Actionum instituendarum principium* ] Processus judiciarii artes sunt quatuor, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt Imp. in l. 1. C. de execut. rei jud. in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio, quæ ab ordine quo

ad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt; sed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante coeptum dicitur, quam lis est contestata, l. unic. C. de lit. contest. l. 15. ratam rem habet. Dissidium non difficile compositum. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima; aut pressius, ut ea tantum contineat quæ olim apud Judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, quod instantia dici solet. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est, quam litis contestatio &c. Posteriore, proprie judicii pars non est, quanquam nihil vetat, partem judicii etiam proprie dicti vocare id principium quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniat. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium basim & fundamentum processus. Effecta in jus vocationis hæc fere sunt: I. Ut si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse coeperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii Judicis quesito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, l. 7. de judic. (1):

II.

(1) L. 12. tit. 7. P. 3.

II. Quod perpetuat jurisdictionem Judicis delegati, hoc est, ut is, delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, cap. gratum 20. de offic. & pot. jud. deleg. (1):

III. Quod post citationem in actionibus in rem, res de qua agitur litigiosa esse incipit, auth. Litigiosa C. de litigios. Vide Covarr. pract. quæst. 15. n. 6.

3 *In primis adversarius in jus vocandus est* ] Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interrim delibet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, l. 1. de edend. auth. Offeratur C. de lit. cont. Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei iudicatæ auctoritatem obtinere, facit l. 4. C. de sent. & interloc. &

merito: quoniam sic deficit una ex personis quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque Judex contra jus naturale & divinum, reum privare debet defensione, quæ naturalis est, Clement. pastoralis de re jud. Hevia in Curia Philippica §. Citation, num. 2.

4 In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres, qui verbo citare nunquam utuntur pro in jus vocare. Sane verbi citandi latior etiam nunc usus est, quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post coeptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur duntaxat.

5 *Parentibus & patronis* ] Hac de re explicatum est sub §. 12. supra de actionib.

---



---

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.  
DE OFFICIO JUDICIS (2).

## De litis contestatione.

I **S**i is qui in jus vocatus contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & a veteri ritu testationis in

(1) L. 35. tit. 18. P. 3.

(2) Tit. 4. P. 3.

in lite instituenda, *litis contestatio* dicitur; de quo ritu vide Pet. Fab. 2. *semest.* 24. Rævard. *pro tribunal.* 11. Cujac. 9. *observ.* 21. Per *litis contestationem* potestas fit Judici de re cognoscendi & judicandi; ante nihil cognosci, aut definiri potest, *novell.* 53. *cap.* 4. *tot. tit.*  $\times$  *ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic recte nunc definitur (nam vetus *contestatio* sublata est, licet nomen manserit): *Negotii hinc inde apud Judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi responsionem per contradictionem, l. un. C. de lit. contest. l. 14. §. 1. C. de judic.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei *litis contestationem* inducit, sed distincta, & quæ statum causæ Judici demonstrat. Cumque *lis esse* non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, *litis contestationem* non fieri, nisi quemadmodum definiti, per contradictionem ejus quod petitur: ac proinde ex parte rei non nisi negative, *d. l. 14. §. 1. C. de judic.* Vigl. *de lit. cont. cap. 1. D. Perez ad tit. C. eod. num. 3. & 4.* Et male igitur Gloss. in *cap. unic. x eod.* & alii statuunt, etiam per confessionem rei *litis contestationem* induci; nam qui hosti se dedit, certare dici non potest.

2 Lite contestata, *judicium* constitutum esse intelligitur, *d.*

(1) L. 3. tit. 10. P. 3.

(2) D. l. 3.

(3) L. fin. eod.

*l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem hab.* (1). Est enim *litis contestatio*, ut dictum est *superiore titulo*, prima *judicii pars*, si vocem *judicii* proprie & stricte accipimus (2), & a DD. appellatur *judicii principium formale*; cujus effecta congresserunt Perez in *C. de lit. cont. num. 8.* & alii plurimi. Sunt autem fere hæc. I. Per *litis contestationem* statim res subicitur cognitioni *Judicis* (3). II. *Actiones omnes* quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel *judicio inclusæ*, salvæ permanent, §. 1. *sup. de perp. & temp. act. l. 87. l. 139. de div. reg. jur.* III. Excludit exceptiones *dilatatorias*, *ll. pen. & ult. C. de exc.* (4): & in universum actoris conditionem meliorem facit, *l. 86. cum l. seq. de div. reg. jur.* IV. *Litigatores* in eodem *judicio* retinet, *l. 30. de judic.* & retinet in conjuncto, ne causæ *continentia* dividatur, *l. 10. C. d. tit.* adeoque actorem petitioni mutæ (*reconventionem* vocant *pragmatici*) obnoxium reddit, *l. 22. eod. tit. l. 14. & auth. & interloc. (5).* Illud omnes passim notant, *omissa litis contestatione*, processum vitari: quanquam sunt quædam causæ, quæ *contestationem* non desiderant, quales sunt causæ *summarie*, *notorie*, & ubi periculum in mora, *Myns. 1. obs. 1. & 38. & 3. obs. 74. Gall. 1. obs. 76.* Constituto sic per *litis contestationem* *judicio* statim

res

(4) L. 9. tit. 3. P. 3.

(5) L. 32. tit. 2. P. 3. l. 20. tit. 4. eod.

res ad cognitionem *Judicis* pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

### TEXTUS.

#### De officio Judicis in genere.

*Superest, ut de officio Judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet Judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.*

### COMMENTARIUS.

I **N**E aliter judicet, quam legibus] *Judici* permissum non est, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus est proditum, *hoc textu, l. 13. C. de sent. & interloc. auth. Jubemus C. de judic.* Cui consentaneum est quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt, *Judicem legibus alligatum esse oportere.* Et illud Augustini *cap. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum.* Potest sane *Judex* verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem Legislatoris conservet: quinimo id facere jubetur, *l. 18. de legib.* atque in re omni æquitatis potest.

Tom. II.

(1) L. 12. tit. 22. P. 3. l. 5. tit. 26. eod.

(2) D. l. 12.

tius, quam stricti juris rationem habere, *l. 8. C. de judic. Scripum sequi*, ait M. Tullius in *ea pro Cæcin. cap. 23. calumniatoris est; boni Judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* At enimvero si & ipsa legis verba & simul mens Legislatoris perspicua sint, quamvis a generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in *l. 12. §. 1. qui & a quib. man.* hic *Judex* non potest prætextu æquitatis a verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat: quod solius est Principis, hoc est, ejus cujus est & legem condere, *l. 1. l. ult. C. de legib.*

2 Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, veluti quæ causa non cognita, aut non publice & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. C. quom. & quind. judic.* (1): quæ ex scripto recitata non est, *C. tit. de sent. ex peric. rec.* (2): quæ absolutionem aut condemnationem non continet, *l. 2. C. de sent. & interloc.* (3): quæ sine certa quantitate prolata, *tit. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* (4): quæ lata est contra rem judicatam, a qua provocatum non est, *l. 1. C. quand. prov. non est nec.* (5): quæ expressim contra leges, se-

Bbb

(1) Arg. l. 2. d. tit. 22.

(4) L. 16. in fin. eod.

(5) L. 13. eod.

natusconsulta, aut constitutiones data, l. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. app. l. 2. C. quand. prov. non est nec. (1): & si quæ sunt similes. Cumque hujusmodi sententiæ auctoritatem iudicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, dd. ll.

3 Sed quid si horum nihil objeci possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet, sententiam valere, & standum esse rei iudicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, l. 27. l. 32. de re jud. d. l. 2. C. quand. prov. non est nec. usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, l. ult. C. sent. resc.

## TEXTUS.

## De iudicio noxali.

I. Ideoque si noxali iudicio aditus est, observare debet, ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemnno, aut noxam dedere.

## COMMENTARIUS.

I Quod Justinianus hic scribit, iudicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecu-

nia tantum in actionem iudicati venit; dedendi autem facultas non a Iudice, sed a lege est, l. 6. §. 1. de re jud. (2) quod alibi quoque monuimus sub §. 2. de nox. act.

## TEXTUS.

## De actionibus realibus.

2. Et si in rem actum sit coram Iudice, sive contra petitionem iudicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsentii se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgentum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit (3). Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, que diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

## COM-

## COMMENTARIUS.

I Hoc §. agitur de officio Iudicis in actione in rem, tum singulari seu rei vindicatione, tum universali sive petitione hereditatis: doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

2 Ut rem ipsam restituat cum fructibus] Plenius dicendum erat: Ut rem petitam restituat cum omni causa, id est, id omne quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, l. 17. §. 1. l. 20. de rei vindic. Et porro si possessor restituere iussus arbitrio Iudicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis (qualis est rei vindicatio) fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, l. 46. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur. Nonnunquam & possessori ob contumaciam, manu militari seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, l. 68. de rei vind.

3 Sed si possessor] Si possessor causetur, se non posse in præsentii rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest Iudex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, l. ult. C. de usur. rei judic. Quippe res

aliena quam quis penes se habet, facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est, & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitiæ æstimationem.

4 Eadem circa fructus] Est tamen nonnihil differentiæ. Nam in singularum rerum petitione, bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, l. 4. §. 2. fin. reg. in petitione hereditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, l. 25. §. 11. de hered. pet. In illa officio Iudicis fructus veniunt; in hac, jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hereditaria, l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. quam ob causam forte mox additur tō pene.

5, IN HISPANIA reo actione personali victo decem dierum induciæ conceduntur: si vero actio in rem fuerit, statim ab eo tradenda est actori res petita, nisi ipse reus facultatem illico tradendi non habere sine fraudē, Iudici ostenderit: quo casu permittitur Iudici tempus quod opportunum existimaverit indulgere reo qui datis fideiussoribus, spondeat, se intra tempus sibi concessum, rem traditurum, vel

Bbbb 2

, si

(1) D. l. 12.

(2) L. 4. tit. 1. P. 7.

(3) L. 5. tit. 27. P. 3.

, si eam consequi nequeat, iustitiam illius aestimationem, l. 5. tit. 27. P. 3.

## TEXTUS.

## De actione ad exhibendum.

3. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet iudex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsentem se exhibere possit, & tempus exhibendi causam petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restitutum. Quod si neque statim iussu iudicis rem exhibeat, neque postea se exhibituram caveat, condemnandus sit in id quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

## COMMENTARIUS.

I Actio ad exhibendum præcursoria quædam est, & præparatio actionis in rem de re

(1) L. 10. tit. 15. P. 6.

mobili: nam & propter vindicationes potissimum introducta est, l. 1. ad exhib. quanquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, l. 3. §§. 1. & 9. cum seqq. & passim eod. tit. Est autem exhibere: Rei in publico potestatem facere tum videndæ, tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, l. 2. eod. experiundi, non actione ad exhibendum, qua iam satis actum est, sed principali quam actor re exhibita exequi constituit, l. 9. §. 5. eod. Textus hic clarus est.

## TEXTUS.

## Familiæ erciscundæ.

4. Si familiæ erciscundæ iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet, & si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc in vicem coheredi certa pecunia (sicut jam dictum est) condemnare (1). Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur (2).

## Communi dividendo.

5. Eadem interveniunt, etsi communi dividendo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: si quidem

(2) L. 6. eod. vers. E aut,

iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, & si unius pars prægravare videbitur, is in vicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is in vicem alteri certa pecunia condemnandus est (1).

HI duo §§. clari sunt, eorumque argumentum plene exposuimus in §. 3. de obl. qua. ex contr. nasc. & §. 20. de act.

## TEXTUS.

## Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari (2). Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc iudicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit: verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur: veluti si quis

(1) D. l. 10. tit. 15. P. 6.

(2) D. l. 10. vers. Otrosi.

jubente iudice metiri agros passus non fuerit.

## COMMENTARIUS.

I UNO casu necessaria] Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, iudicis officium est eos custodiri. Si turbati sunt aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, a iudice renovandi, & evidentius distinguendi sunt, l. 3. de term. mot. Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possunt, novi fines ex consilio agrimenso- rum constituendi, l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Uno autem duntaxat casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino ad- jici, res transigenda adjudicatione & condemnatione, d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod. (3). De probatione finium adeundi Hieron. de Monte tract. fin. reg. cap. 50. & seqq. Myns. 6. observ. 25.

## TEXTUS.

## De adjudicatione.

7. Quod autem istis iudiciis alicui adjudicatum fuerit, id sta-

(3) D. l. 10.



statim ejus fit, cui adjudicatum est (1).

Textus iste clarus est.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.  
DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. Tit. 1. (2).

**A**bsoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati; attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quanquam parca dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & velut quidam excessus.

TEXTUS.

De differentia a privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus: magnaque diversitas eorum est & in instituendo, & in exercendo.

COMMENTARIUS.

**J**udicia privata quomodo constituentur & exer-

ceantur, intelligi potest ex iis quæ dixi sub *pr.* & §. 1. de *act.* Publicorum judiciorum exercendorum longe alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. *lib. sing.* Nicol. Gruch. *lib. 1. de comit. Rom. cap. 2.* Barn. Brisson. *lib. 2. select. antiq. cap. 1.* qui de eo ex professo scripserunt. Postea verus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis extra ordinem Præfecti vel Præsides cognoscere ceperunt, durante tamen poena legum, *l. 8. de publ. jud. l. 1. §. ult. de pen.* Illud etiam mansit, ut is qui accusare paratus est, ad eum cui judicii publici exercitio obtingit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat profiteatur: deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulpian. *l. 3. §. 2. de accus.* libello subscribat, se profectum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, *l. ult.*

C.

(1) *D. l. 10. tit. 15. P. 6.*

(2) *Tit. 2. & aliis P. 7.*

C. d. tit. 1. ult. C. de calumn.

TEXTUS.

Etymologia.

**1.** Publica autem dicta sunt, quod cuius ex populo executione eorum plerumque datur.

Hic textus planus est.

TEXTUS.

Divisio.

**2.** Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.

COMMENTARIUS.

**1** Capitalia dicimus] Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *l. 103. de verb. sign.* in hoc tamen argumento *capitis* verbo tantum vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum poena damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, sive deportatione, ea capitalia recte no-

minantur, *l. 2. hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l. 21. de pen.* Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant cujus non alia poena quam mors est; sed per excellentiam, *l. 4. de pen. l. 18. C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium 28. de pen. (1).*

**2** Infamiam cum damno pecuniario] Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. 8. §. *pen. infr. eod.* Interdum & in corpus aliqua coercitio poena est, *d. l. 2. hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.

Exemp. De læsa Majestate.

**3.** Publica autem judicia hæc sunt. Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel Rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit (2). Cujus poena animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur (3).

COMMENTARIUS.

**1** DE solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminuæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, pu-

ta:

(1) *L. 4. tit. 31. P. 7.*  
(2) *L. 1. l. 3. tit. 2. P. 7.*

(3) *L. 3. eod.*

ta: Si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut Rempublicam (1); alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit (2). Utriusque exempla suppeditat l. 1. cum 3. ll. seqq. ad leg. Jul. majest. (3).

2 Et memoria rei] Multa circa poenam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnatæque rei memoria, bona lisco vindicentur, l. ult. ad leg. Jul. majest. l. ult. C. eod. l. antepen. de accus. (4); cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur (5). Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus punitur, l. 5. C. eod. (6), & consilii, qua auctores ipsi, l. 3. C. eod. (7). Sed & filii propter paternum crimen puniuntur, perpetua nimirum egestate & infamia (8). Vide D. Covarr. late & doctè suo more differrentem 2. var. cap. 8. & Greg. Lop. in l. 2. tit. 2. P. 7. gloss. 10.

## TEXTUS.

## De adulteriis.

4. Item lex Julia de adul-

- (1) D. l. 1. d. l. 3.  
 (2) L. 16. tit. 26. P. 2.  
 (3) D. l. 1. d. l. 16.  
 (4) D. l. 2. d. l. 3. tit. 2. P. 7.  
 (5) D. l. 3.

teris coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem legem cum stupri flagitium ponitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Passim autem eadem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicacionem pariter dimittit honorum: si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

## COMMENTARIUS.

1 Adulterium est: Alienæ thori violatio, sive: Coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, l. 6. §. 1. l. 34. §. 1. hoc tit. ad leg. Jul. de adult. (9), & hoc textu adulteri, per periphrasim dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc a Sacra Scriptura veteris testamenti abhorre quidam existimant, per text. Lev. 10. v. 10. Deut. 22. v. 22. Jure autem canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugata, can. nemo 34. quest. 4. can. non machaberis 15. can. præcepit 19. cum seqq. quest. 5. & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per text. Matth. 19. vers. 9. Marc. 10. Lucæ 16. v. 18.

Gla-

- (6) L. 6. tit. 13. P. 2.  
 (7) D. l. 6.  
 (8) D. l. 2.  
 (9) L. 1. tit. 17. P. 7.

2 Gladio punit] Hæc poena non est ex lege Julia, sed ex l. 30. C. hoc tit. quæ Constantini est. Poena autem legis Julæ reformatio fuit, ut constat ex Tacito lib. 1. 2. & 3. annal. & non obscure probat l. 5. de quest. Certe capitalem non fuisse, arguunt l. 8. de divorc. l. 11. hoc tit. aliæque, & ipse Justinianus hanc poenam Constantino tribuit nov. 134. cap. 10. ibique eam confirmat adversus adulterum duntaxat: adulteram vero jubet, vulneribus subactam in Monasterium mitti: quod & ante obtinuisse videtur. Nam Divus Augustinus lib. 3. de civ. Dei diserte scribit, Romanos adulteras feminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multasse. Unde dubitandum non est, quin l. 18. C. de transact. & l. 9. C. hoc tit. interpolatæ sint a Triboniano, vel passæ alicujus imperiti manus. Vide Goth. in gloss. d. l. 18. & Ant. Fab. lib. 2. conject. cap. 20. Cæterum adscribitur legi Julæ etiam ea poena quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & poena adulterii seriè & plene caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quam adultera, morte puniuntur, Levit. 20. v. 10. Deuter. 22. v. 22.

3 Cum masculis nefandam libidinem] l. 31. C. hoc tit. quæ est Constantii & Constantis.

4 Stupri flagitium] Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, l. 6. §. 1. hoc tit. ubi Papinianus ait, Tom. II.

legent stuprum & adulterium promiscue appellare; sed proprie adulterium in nuptam committi; stuprum vero in viduam virginemve; & ita quoque fere Modestinus in l. 101. de verb. sign. Idem Modestinus in l. 34. §. 1. hoc tit. adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero: Quod autem Papinianus d. l. 6. §. 1. & Modestinus d. l. 101. ajunt, legem Juliam promiscue & indifferenter his appellationibus uti, hæc non ita accipiendum est, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset; sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur; quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum proprie dictam est.

5 Honestè viventem] Nam consuetudo cum ea quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, l. 22. C. hoc tit. Pro stupro quoque non habebatur consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est quod Modestinus scribit, stuprum committere qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii, secum habet, excepta concubina, l. 34. pr. hoc tit. Poena stupratorum in text. traditur.

6 IN HISPANIA soli marito, permittitur uxorem suam adul-

Cccc

, te-

terii accusare, *l. 2. tit. 19. lib. 8.*  
*Recop. Asso & de Manuel in*  
*Inst. Cast. lib. 2. cap. 19. pag. 239.*  
*vers.* Adulterio, non animadvertentes per *l. istam corrigi legem 2. tit. 17. P. 7.* ut notum est, & monet Gregor. Lop. in *glos. 3. ejusd. l. 2. Partitæ*, ajuat, etiam permitti hanc accusationem patri, fratri, patruis, & avunculis: quod annotare libuit, ne tirones hanc sententiam legentes, eam adhuc vigentem existiment. Hujus delicti poena est, ut uterque adulter in potestate mariti sit, concessa huic facultate faciendi de adulteris, eorumque bonis quantum ipsi libuerit, ita tamen, ut unum sine altero occidere nequeat, *l. 1. tit. 20. eod.* Non aliter autem bona adulteri, & dotem adulteræ lucrabitur maritus, quam si eos auctoritate Judicis occiderit, *l. 5. eod.* Cæterum hujus poenæ rigorom usus non servat; sed adulteri in præsidia, vel exillium mittuntur, aliave simili poena multantur juxta delinquentium & circumstantiarum qualitatem.

7, Qui vero nefandam seu sodomiticam libidinem exercuerint, igne cremantur, bonaque eorum omnia publicantur: qua poena illi quoque puniuntur, quos hoc crimen attentasse probetur. Habentur hæc omnia, & alia quæ ad probationem hujus criminis spectant, in *l. 1. tit. 21. d. lib. 8. Recop. Ant. Gomez in l. 80. Tauri*, num. 33. ubi hanc poenam executam vidisse testa-

(1) *L. 2. tit. 8. P. 7.*

tur in oppido *Talavera.*

8, Quod ad poenam denique stupri attinet, licet in *l. 2. tit. 19. P. 7.* probatam videamus eam, quæ in *vers. Panam*, hujus §. traditur: tamen usu recepta est, illa quæ jure canonico statuta est, in *cap. 1. de adult. & stupr.* ut nempe stuprator stupratam in uxorem ducat, sive dotem constituat, alternative scilicet, & non copulative, quamvis *d. cap. 1.* copulative loquatur; ita tamen, ut si non ducere, sed dotem dare elegerit, alia simul levi poena plectendus sit, Gomez in *d. l. 80. n. 5. cum quatuor seqq.* qui *n. 14.* addit, id non obtinere, quando stuprator fuerit vidua.

## TEXTUS.

### De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur (1), vel eos, qui hominis occidendi causâ cum telo ambulant. Telum autem, ut Cæjus noster ex interpretatione legum XII. Tab. scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, a Græca voce ἀπὸ τοῦ τηλοῦ, procul figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βήλος appellant,*

&

ἀπὸ τοῦ βάλ्लεσθαι, a jaculando. Admonet nos Xenophon: nam ita scribit, καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο λογχοί, τοξέματα, σφενδόναι πλείστοι δὲ; καὶ λίθοι, ἰδ est, & tela simul ferebantur, hastæ, sagittæ, fundæ; plurimi item lapides. Sicarii autem appellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publice vendiderint.

## COMMENTARIUS.

I Justinianus hoc loco poenam mortis incaute tribuit legi Corneliæ de sicariis, ut superiore §. legi Juriæ de adulteriis. Poena enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum adeemptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l. 3. §. pen. in fin. l. pen. hoc tit. ad leg. Cornel. de sicar. Paul. 5. sent. 23.*

2 Venefici] Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, quod plus est, quam occidere gladio, *l. 1. C. de malef. (1)*, & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis XII. Tab. Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit: Neve alie-

(1) *L. 7. d. tit. 8. P. 7.*

nam segetem pelleverit. Item illud Virgilli, *ecl. 8. vers. 99.*

Atque satas alio vidi traducere messes,

& id genus alia, quæ superstitione mortalium vi magici carminis effici posse credidit. Vide *l. 4. & l. 6. C. de malef. Plin. lib. 28. cap. 2. August. lib. 8. de civit. Dei, cap. 19.* Sed verissime Seneca *lib. 4. n. u. quæst. 7. Rudis*, inquit, adhuc antiqutitas credebatur, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius Philosophi schola intranda sit.

Ego sane sic persuasum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis sagisve falso affingi. Extat memorabile arrestum senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vaudois d' Arras*, editum die 20. Maji 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sy-cophantias. Errorem hunc vulgarem masculine in Germania oppugnavit Christianus Thomasius in variis scriptis *de crimine magicæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantan attulerunt utilitatem; ut iis locis ubi antea frequenter rogi accendebantur, hodie vix sagarum nomen in foris audiatur: quod & in nostra Hispania observamus.

## TEXTUS.

### De paricidiis.

6. *Alia deinde lex asperri-*  
 Cccc 2 *num*

num crimen nova poena persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis aut filii, aut omnino adfinitatis ejus, quæ nuncupatione parentum continetur, fata preparaverit (sive clam, sive palam id ausus fuerit), necnon is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, poena parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solemnii poenæ subijcitur, sed insutus culleo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur; ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cælum superstiti, & terra mortuo auferatur (1). Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, poenam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

## COMMENTARIUS.

I **H**ic quoque idem fere accidit quod superius, nimirum ut poena cullei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum instituta est, l. pen. pr. hoc tit. de leg. Pomp. de parric. adeoque diu ante legem Pompejum, ut ex oratione Cic. pro Rosc. Amerin. constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, poenâ legis Corneliæ de sicariis plectitur, l. 1.

(1) L. 12. d. tit 8. P. 7.

d. l. pen. §. 1. hoc tit. Constantinus & filios adjecit, l. unic. C. de his, qui par. vel lib. occid. quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem poena, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, l. 6. cod. & hoc textu.

2 De parricidiis] Parricida proprie dicitur, teste Charisio lib. 4. Qui patrem occidit, quasi patricida, aut parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro omni homicidio Romani usurpant: quod & Plutarchus in Romulo observat.

3 Aut omnino adfinitatis] Loco adfinitatis, legit affectionis Hotom. hic, & ita legendum, bene probat.

4 Sed insutus culleo cum cane &c.] Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. in ea pro Sext. Rosc. cap. 11. de culleo solo loquitur, sed Senec. lib. 1. de clem. cap. 15. etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simiæ, satyr. 8. Verisimile est, Constantinum canem & galum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; Modestinus a Triboniano interpolatus, mori majorum, d. l. pen. pr. hoc tit. Aliud quo-

## TEXTUS.

## De falsis.

quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. lib. 5. sent. 25. ut parricida vel vivus comburetur, vel bestiis objiceretur.

5 Omnium elementorum usu] Quid mysterii sit in poena cullei, ostendit Cicero in d. orat. pro Sext. Rosc. Eodem pertinet illud Quintiliani declam. 299. Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morientem terram, defuncto sepulchrum negat. Et Ovid. lib. 8. Metamorph. v. 97.

Dî te submoveant, o nostri infamia secli, Orbe suo: tellusque tibi pontusque negentur.

6 , IN HISPANIA l. 12. tit. 8. P. 7. probat poenam, quæ in hoc textu tribuitur legi Pompejæ adversus eos qui asperitum parricidii crimen commiserint, occidentes fratrem, fratris filium vel vice versa, uxorem, maritum, patronum, eumve ex affinibus qui parentis vel filii loco sit. Cæterum ita usu servatur, ut hujus criminis reus, furca suspendatur, allata culpa, in qua depicta appareant animalia, de quibus in textu: posteaque cadaver cupæ includatur, & in mare vel flumen proximum projiciatur, vel projici simuletur, Gom. 3. var. cap. 3. n. 3. Maymò hoc tit. n. 34. quem usum Anton. a Torr. hic consonium dicit l. 46. tit. 13. lib. 8. Recop. statuente, ut in eum, qui damnatus est sagittis configi, non ante sagittæ jactantur, quam suffocatus is fuerit.

7. Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, poenam irrogat ei, qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpsit, expresserit, sciens, dolo malo. Eiusque legis poenâ in servos ultimum supplicium est, quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos vero deportatio.

## COMMENTARIUS.

I Testamentaria vocatur] l. 30. hoc tit. ad leg. Cornel. de fals. Paul. 5. sent. 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavetur. Cic. Verrin. 3. Cornelia testamentaria, nummaria, cætera complures &c.

2 Scripserit, signaverit &c.] Apud Paulum d. loco additur, amoverit, resignaverit, deleverit. quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, ruserit, corruperit, vitioris, vultuve Principum signatam monetam præter adulterinam reprobaverit, l. 1. l. 2. l. 8. l. 9. & passim hoc tit.

3 , IN HISPANIA poenæ falsorum variæ sunt pro diversa falsitatis qualitate, quæ videri poterunt in tit. 7. P. 7. per totum, in

ll. 1. 2. & 5. tit. 13. ll. 21. & 67.  
tit. 21. ll. 1. 5. & 6. tit. 22. lib. 5.  
Recop. & toto tit. 17. lib. 8. Re-  
cop. Adi Gomez in l. 83. Tauri.

## TEXTUS.

## De vi.

8. Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur (1). Sin autem per vim raptus virginis, vel vidua, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur secundum nostrae constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire (2).

## COMMENTARIUS

I **V**im vel armatam, vel sine armis] Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius Reipublicæ est: unde lex XII. Tab. cum telo esse nemini privato permittebat.

2 **R**aptores &c. capite puniuntur] Licet mulier raptui consenserit, l. unic. §. 2. C. de rapt. virg. ibi: Siæ volentibus, sive nolentibus. Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, c. scienti 27. de reg. jur. in 6. l. 1.

(1) L. 8. tit. 10. P. 7.

(2) L. 3. tit. 20. P. 7.

§. 5. de injur. Neque enim d. l. unic. de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio, per l. 3. §. 5. de liber. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. corr. Unde Solum severius punivit eum qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plutarcho. Add. Liban. declam. 2.

## TEXTUS.

## De peculatu.

9. Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi Judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint (3). Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pænæ deportationis subjunguntur.

## COMMENTARIUS.

I **L**ex Julia peculatus tenetur: Qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, l. 1. l. 4. hoc tit. ad leg. Jul. pecul. Peculatus enim duplex est; furtum pecuniæ publi-

(3) L. 18. tit. 14. P. 7.

licæ, quod proprie & in specie peculatus; & rei sacræ, quod sacrilegium proprie vocatur: unde a Labeone definitur: Pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, l. 9. §. 2. eod. Addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est: & ideo Aedituum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

2 **P**ænæ deportationis] Ob simplicem peculatum pænâ deportationis imponitur, l. 3. eod. interdum in quadruplum condemnatio fit, l. penult. eod. Sacrilegi autem, id est: Qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, l. 9. eod. (1).

## TEXTUS.

## De plagariis.

10. Est & inter publica judicia lex Fabia de plagariis, quæ interdum capitibus pænâ ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviolem (2).

## COMMENTARIUS.

I **P**lagium nihil aliud est, quam: Liberi hominis, vel servi alieni suppressio, vel surreptio dolo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur, l. 3. ll. 5. & 6. hoc tit. de leg. Fab. licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, ll. 1. 2. & 4. eodem. Pænâ plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, l. ult. eod. l. 7. & l. ult. C. eod. Jure autem divino & canonico o-

(1) D. l. 18.

mnis plagarius qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte multatur, Deut. 24. v. 7. Exod. 21. v. 16. quod transcriptum in decretalibus Gregorii IX. capi. 1. de furt.

## TEXTUS.

## De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis autem pænâ eos subjiciunt, quæ præcepta earum neglexerint.

## Excusatio.

12. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attingisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.

## COMMENTARIUS.

I **D**e ambitu] Hoc crimen committunt: Quicumque conductis corruptivæ suffragiis magistratum, aliumve honorem invadunt. Ubi singuli regunt, ambitus nullus est: sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim antè constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia,

Pia-

(2) L. 22. tit. 14. P. 7.

Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latae. Sed hae leges cessaverunt in Urbe, ex quo Magistratum creatio ad curam Principis pertinere coepit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *l. unie. pr. de leg. Jul. ambit.* Poena hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* vel deportatio, Paul. *recept. sent. 5. 30. l. unie. C. hoc. tit.*

2 *Repetundarum*] Lege Julia repetundarum tenetur: Qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum, decernendumve acceperit, vel qui magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l. 3. l. 4. de leg. Jul. repet.* (1). Poena hujus legis extraordinaria est, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris, *l. 7. §. 3. eod.* Interdum & quadrupli poena reo imponitur, *l. 1. l. ult. in fine C. eod.*

3 *De annona*] Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt

omnia quae ad victum humanum pertinent) poena viginti aureorum statuitur aduersus eum qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *l. 1. & l. 2. de leg. Jul. de annona.* Quod crimen plerumque committunt ii qui Dardanarii seu pantopolae & septasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. 37. de poen. l. 6. de extraord. crim.* (2).

4 *De residuis*] Crimen residuorum est: Pecuniae publicae alicui ad usum publicum datae & attributae retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte. Et quod in rationibus pecuniisve privatis est reliqua, id in publicis proprie est residua; sic dicta, quod apud eum cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Haec obitor, & translaticie, ut in appendice (3).

## FINIS LIBRI QUARTI.

(1) *L. 8. tit. 1 P. 7.*(2) *Tot. tit. 14. lib. 5. Recop.*(3) *L. 14. tit. 14. P. 7.*

# INDEX

## JURIS HISPANI,

### QUOD IN APPENDICIBUS, VEL IN CALCE §§.

HUIUS OPERIS TRADITUR.

Num. Rom. tomum significat, Arabicus pag.  
litt. *a* columnam primam, litt. vero *b*  
secundam.

A

**A** Crescendi jus tam in hereditatibus, quam in legatis non est ex necessitate, sed ex voluntate testantis, II. 24. *b.* Et quando locum habeat, I. 408. *b.*  
Actio de tigno juncto, I. 204. *a.*  
Actiones quo tempore praescribantur, II. 520.  
Adoptare possunt ii quibus impedimentum generandi non est a natura, I. 77. *a.* Quando, & quomodo feminae adoptare possint, I. 77. *b.*  
Adulterii accusatio cui competit, II. 569. *b.*  
Agricolarum privilegium, II. 224.  
Arrharum inter sponsores taxatio &c. I. 318. *b.*  
Asyli locorum coarctatio, I. 52. *b.*  
Tom. II.

C

**C** adendarum actionum beneficium quando locus est, II. 220. *b.*  
Census omnis late exponitur, II. 285.  
Codicillorum solemnitas, II. 112. *b.*  
Comixtionis effectus, I. 201. *b.*  
Confusionis effectus, I. 199. *b.*  
Conjunctionis effectus, I. 197. *b.*  
Consuetudinis requisita, I. 29. *a.*  
Convitii veritas quando excuset, II. 414. *b.*

D

**D**ivisionis beneficio inter fidejussores an aliquando locus sit, II. 220.  
Donationis mortis causa solemnitas. I. 310. *b.*  
Dddd Do-

Donationis omnium bonorum effectus, I. 315.  
 Donatio propter nuptias quid sit, I. 319.a.  
 Donationes collatæ in Eccles. Xenod. & loca similia non indigent insinuatione, I. 315.a.  
 Donationis ante nuptias effectus, & taxatio, I. 317.b.

## E

**E** mancipatio, ut valeat, quæ requirat, I. 86.b.

Emphyteusis sine scriptura constitui non valet, II. 279.a.

Emphyteuta, si cessaverit in solutione canonis, potest res emphyteutica occupari a domino directo, non expectato Judicis mandato: & hujus doctrinæ exceptiones, *ibid.* Emphyteuta conceduntur 10. dies ad purgandam moram, *ibid.* Emphyteusis specialia in Valentino Regno, *ibid.* b. & seqq.

Exceptiones quo tempore proponendæ, & probandæ, II. 533.b.

Exemplaris substitutio, I. 439.a.

Exhereditatio quando est necessaria, I. 395.b.

Exhereditatio sine elogio reddit testamentum nullum, I. 470.a.

Exhereditationis causa est, si filii matrimonium contrahant sine consensu parentum, & alii hujus rei effectus, I. 469.b. Sed & qui matrimonium clandestinum contraxerint, juste exheredantur, *ibid.*

## F

**F**eræ captæ, vetante domino, in fundo alieno, acquirun-

tur domino fundi, I. 178.b.  
 Fidejussor in duriorum causam acceptus, quam reus principalis debet, obligatur, II. 223.b.  
 Fidejussiones uxorum, & agricularum, II. 224. a.  
 Filiusfam. testari potest, I. 380.b.  
 Fodina metallorum & salis ad Regem pertinent, I. 225.a.

## H

**H**ereditas institutio non est necessaria, ut testamentum valeat, I. 398.b.

Heredes necessarii quo sensu dicantur liberi & parentes, I. 488.b.

Heredes qui nequeant institui, I. 401.

Hereditate non adita, cætera quæ in testamento caventur, firma manent, II. 114.b.

## I

**I**njuriarum poenæ, II. 420.a.

Interdictum summarissimum, II. 545.a.

Insula in flumine nata, I. 190.b.

Intestator. successiones, II. 121.b.

Inventarii tempus, I. 497.b.

## J

**J**uris Hispani historia, I. 5.b.  
 Jurisdic. præscriptio, I. 298.b.

## L

**L**egatum nominis neque per solutionem ultroneam, neque per solam petitionem debiti extinguitur, II. 43.b.

Le-

Legati relictæ pauperibus effectus, II. 51.a.  
 Legitima liberorum & parentum, I. 479. b.

## M

**M**acedoniani senatusconsulti extensio, II. 504.b.

Majoratus late explicantur, II. 93.a.

Mala fides omnes præscriptiones impedit, I. 296.a.

Mandatum quando extinguatur morte, revocatione, vel renunciatione, II. 346.

Marito qui attigerit 18. annum conceditur administratio tam bonorum suorum, quam eorum quæ uxoris sunt, I. 151.b.

Matrimonii clandest. poenæ, I. 67.b.

Matrimonii sine consensu parentum contracti poenæ, I. 469.b.

Meliorationes tertii & quinti, I. 479.

Militari jure testari possunt ubicunque omnes qui foro militari gaudent, I. 370.a.

Minorum contractus sine curatoribus celebrati quando, & qua poena puniantur, II. 504.b.

## N

**N**egotiorum gestor quando præstat culpam levissimam, II. 352.b.

Naturalis filius quis dicatur, II. 123.b.

## P

**P**acta omnia seria obligationem & actionem pariunt, II. 141.b.  
 eo solum, quod appareat vo-

luisse quenquam quoquo modo obligari, II. 162.

Patria potestas solvitur nuptiis benedictis filii, I. 88.b.

Pignoris alienatio, I. 325.b.

Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio incumbat, I. 458.b.

Pœnalis stipulatio subjecta stipulationi certæ quantitatis, quando præsumatur facta in fraudem usurarum, II. 176.b.

Possessor bon. fidei non facit suos fructus naturales, I. 216.b.

Posthumus præteritus quando natiuitate testamentum non rumpat, I. 389.b.

Præteritis liberis quando testamentum est nullum, I. 395.b.

Popillaris substitutio nequit fieri ab avo, I. 436.a.

## Q

**Q**uerela inofficiosi testamenti quando est necessaria, I. 470.a.

## R

**R**econductio quando intelligatur, II. 284.b.

Religiosus locus quis dicatur, I. 173.b.

Retractus omnes late expositi, II. 253.

## S

**S**atisfacere quinam tutores teneantur, I. 133.b.

Servitus quam apud Mahumedanos patimur facti, & non juris est, I. 36. a. Unde ibi detenti testari possumus, I. 383.b.

Dddd 2 Ser-

Servitus continua quænam sit, quænam discontinua, quænam quasi continua: & quo tempore constituantur, & amittantur hæ servitutes, I. 258.  
Societas inter conjuges late exposita, II. 325.

## T

**T**estamenti nuncupativi solemnitates; & opiniones Antonii Gomez ac D. Covar. rejectæ, I. 367.  
Testamenti scripti solemnitates, I. 353.b.  
In testamento cæci, quæ solemnitates, I. 383.a.  
Testes esse prohibentur in testamento omnes heredis descendentes, & consanguinei intra quartum gradum, I. 361.b.  
Testamentum fieri potest per commissarium, & quomodo, I. 383.b. & seqq.  
Testamentum continens clausulam derogatoriam, I. 455.a.  
Testamentum non fit irritum

per capitis deminutionem minimam, neque per mediam, I. 456.b.  
Thesauri inventi acquiruntur Rege: sed quarta pars inventori conceditur, I. 224.b.  
Tutor ut detur Magnatibus, Rex adeundus est, I. 114.b.  
Tutores legitimi pro libito suo tutores sunt, I. 138.a.

## V

**V**enationi & piscationi modus præscriptus, I. 180.a.  
Veniæ ætatis concessio, I. 125.b.  
Ad usucapionem non aliter bona fides defuncti prodest heredi, quam si is bonam quoque fidem habuerit, I. 302.b.  
An in usucapione sufficiat bonam fidem haberi in initio, I. 290.b.  
Usus pecorum continet usum lactis, casei, lanæ, & agnorum, I. 283.a.  
Uxori quæ prohibeantur sine licentia mariti, II. 333.b.



## INDEX

## JURIS ROMANI,

QUOD PROBATUR LEGIBUS HISPANIS  
laudatis in textibus, commentariis,  
vel horum calce

## A

**A**ctio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest, II. 433.b.  
Actiones pœnales judicio inclusæ transeunt in heredes, II. 524.a.  
Adeundo aut pro herede gerendo ut quis heres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oportet, I. 499.a.  
Ædificia etiam non habitandi causa parata, urbana prædia censerî in materia servitutum, I. 248.b.  
Alienandi verbum quam late patreat, I. 323.b.  
Arrha datur vel ut symbolum, vel ut sit pars pretii; & effecta utriusque, II. 239.a.

## B

**B**eneficium competentiæ, II. 492.a. & seqq.  
Beneficium ordinis, seu excusationis, II. 219.b.

## C

**C**asus fortuitus quid, & an in contractibus præstetur, II. 149.  
Causa falsa legatum non vitiat, II. 56.b.  
Causarum duarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus est species liberationis, II. 14.a.  
Clerici in sacris ordinibus constituti esse possunt tutores legitimi, I. 147.a.  
Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt, II. 112.a.  
Codicilli non sunt sine aliqua solemnitate ordinationis. An mulier in codicillis recte testis adhibeatur, II. 112.b.  
Cognitionis genera, I. 59.  
Commodare quid sit, II. 146.b.  
Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat, II. 354.b.  
Compensatio quid sit, II. 481.b.  
Conditio & modus qua in re con-



veniant, & discrepent, II. 57.*b.*  
 Conditio quid sit & quotuplex,  
 II. 168.*b.* In conditionibus ar-  
 bitrariis non faciendi, quid  
 juris, 170.  
 Conditione pendente nihil dum de-  
 beri, & quid inde, II. 171.*a.*  
 Culpa quid, & quotuplex, II. 151.*a.*

## D

**D**amnnum injuria datum, II.  
 400.*a.* Actione legis Aquil-  
 iæ de damno dato qui tenean-  
 tur, aut non teneantur, 401.*b.*  
 Deliberandi jus, I. 495.*a.*  
 Depositum quid sit, II. 156.*a.*  
 Dies incertus quando conditio-  
 nem faciat in contractibus,  
 II. 164.*a.* Effectus obligationis  
 in diem, 165.*b.*  
 Dies incertus conditionem in te-  
 stamento facit, & quando  
 non, I. 412.*a.*  
 Dolus quid, & quod præstatur  
 in omnibus contracti-  
 bus, II. 148.*b.*  
 Dotalis rei maritus verus justus-  
 que dominus est, & potest res  
 omnes, æstimato in dotem da-  
 tas, alienare, I. 321.*b.* & *seq.*

## E

**E**mpcio quando perfecta intelli-  
 gatur, II. 234.  
 Emptione perfecta sine communi  
 consensu recedi non posse, licet  
 arrhæ intervenerint, II. 239.*a.*  
 Emptionis pretium alieno ar-  
 bitrio committi potest, sed  
 arbitratoris manifesta iniqui-  
 tas corrigi potest officio Judi-  
 cis, II. 241.*b.*

Episcopi tutores esse prohiben-  
 tur, I. 146.*b.*  
 Error consensui quando obstat,  
 aut non obstat, II. 212.*a.*  
 Exercitoria actio & instromia cui,  
 adversus quem, qua de re da-  
 tur, II. 497.*a.*  
 Exheredare proprie quid sit,  
 I. 385.*a.*

## F

**F**acere posse quid sit, II. 494.*a.*  
 Famosi libelli quomodo varia  
 poeni, II. 414.*b.*  
 Fidejussor pro quibus obligatio-  
 nibus recte interveniat, II. 215.*a.*  
 Filiusfam. in publicis causis pro  
 patrefam. habetur, I. 95.*b.*  
 Forum commune esse locum do-  
 micil. II. 433.*a.*  
 Forum proprium quæ tribuant, *ibid.*  
 Fructuaria re locata, quid juris  
 circa pensiones, I. 218.*a.*  
 Fructuarii onera, I. 220.  
 Fructuarii jus, I. 260.*b.*  
 Fructuarius an possideat, I. 339.*b.*  
 Fructuarius potest jus quod ha-  
 bet, alteri locare, vendere  
 &c. I. 280.  
 Fructuarius & colonus in quo discre-  
 pent, aut convenient, I. 218.*b.*  
 Furtum fieri non intelligitur, nisi  
 sit qui possideat, II. 379.*b.*

## G

**G**eneris legatum, II. 43.*b.*  
 & *seq.*  
 Graduum dinumerationis discrimen  
 inter jus civile & cano-  
 nicum, I. 62.

## H

**H**ereditas quibus modis defer-  
 tur, I. 343.*b.*  
 He-

Hereditas jacens, cujus perso-  
 nam repræsentet, I. 403.*a.*  
 Heres quasi ex contractu obliga-  
 tur legatariis & fideicommissa-  
 riiis, II. 355.  
 Hypothecaria actio legatariis a Ju-  
 stiniano primum data, qua de  
 re, adversus quos ea compe-  
 tat, II. 6.

## I

**I**ndebiti soluti conditio ut  
 competat, quæ requiran-  
 tur, II. 356.*a.*  
 Infans quandiu quis habea-  
 tur, II. 200.*b.*  
 Ingenuitatis inter quos vertatur  
 quæstio, II. 465.*b.*  
 Injuria, ejus species, poenæ, &  
 cætera, II. 410. & *seqq.*  
 Interdictum quorum bono-  
 rum, II. 540.*a.*  
 Inventarii beneficium, I. 495.*b.*  
 ejus neglecti poena, 496.*b.*  
 Judex per imperitiam male judi-  
 cans, cur quasi ex delicto ob-  
 ligetur, II. 423.*b.*  
 Judex per se non competens,  
 potest ex accidenti competens  
 fieri, II. 434.*a.*  
 Juris non scripti quanta sit au-  
 thoritas, I. 29.*a.*  
 Jurjurandum calumniæ quid  
 sit, II. 554.*b.*

## L

**L**egatum nominis, II. 41.*a.*  
 Legitima hodie titulo insti-  
 tutionis relinquenda, I. 478.*a.*  
 Libertatis quæstio inter quos ver-  
 tatur, II. 465.*b.*  
 Litis contestatio quid sit, II.

560.*a.* An aliquando a parte  
 rei per affirmationem induca-  
 tur, *ibid.**b.* Ejus effecta, *ibid.*  
 Locatio quid, & quotuplex:  
 tum quæ res locationem reci-  
 piant, II. 269.

## M

**M**acedonianum senatusconsul-  
 tum, II. 503.*b.*  
 Mandati variæ divisiones, II. 335.*a.*  
 Differt a consilio, 338.*a.*  
 Mandati rei inhonestæ nullam esse  
 actionem, II. 340.*b.*  
 Muciana cautio, II. 170.*b.*

## N

**N**aturales liberi quot modis di-  
 cantur, I. 68.*b.*  
 Novationis effectus, II. 371.*a.*  
 Quot modis novatio fiat, *ibid.**b.*

## P

**P**actum de quota litis jure im-  
 probatum, II. 348.*a.*  
 Patroni, parentes &c. sine ve-  
 nia in jus vocari non pos-  
 sunt, II. 463.*b.* & *seq.*  
 Peculium filiifam. quid sit: quot  
 ejus species: & quid singu-  
 læ, I. 332.*b.* & *seq.*  
 Per subjectam poenalem stipu-  
 lationem præcedens obligatio  
 non novatur, II. 176.*a.*  
 Possidere quid proprie sit, &  
 quomodo acquiratur & amitta-  
 tur possessio, II. 545. & *seq.*  
 Possessor bonæ fidei qui in alieno  
 ædificavit, qua ratione pre-  
 tium materiæ & impensas con-  
 sequatur, I. 205.*b.* & *seq.* Quid ju-

juris in malæ fidei possessore,  
I. 206.b.  
Puberum minorum 25. annis obligatio,  
II. 203.b.

## Q

Querelæ inofficiosi rennunciare videri, qui judicium defuncti agnoscit,  
I. 476. b.

## R

Rapinæ poenæ, II 399.a.  
Regulares seu Monachi tutores esse prohibentur, I. 146.b.  
Regulæ: *Neminum posse rogari, ut plus restituat, quam ipse cepit*, declaratio, II. 90.b.  
Reipub. causa qui abesse dicantur; & quæ horum peculiaris,  
I. 140.b.  
Remedium *l. ultim. C. de celiç.*  
*D. Hadriani tollendo*, II. 541.b.

## S

Sententia sine certa quantitate prolata non valet, II. 486.a.  
Sententiæ nullius momenti quæ: injustæ valent, II. 561. & seq.  
Servi cur nobis etiam ignorantibus & inuitis acquirant, I. 336.  
Cur hinc excipiatur hereditas,  
*ibid.*  
Servo proprio herede instituto,

quis effectus, & quis instituto servo alieno, I 400 b.  
Societas quid, quarum rerum, quando & quomodo, II. 313. & seqq.  
Solvi unum pro alio invito creditore non potest: & exceptiones,  
II 364.a.  
Stipulatio quid sit, II. 160.a.  
Substitutio exemplaris, I. 436.  
Substitutionis verbum quam varie usurperur,  
I. 415.b.  
Substitutionis propria definitio, & divisio,  
I. 416.  
Substitutus pupillaris excludit heredes omnes legitimos, etiam matrem, quoad legitimam,  
I. 433.b.  
Succedendi ratio in bonis reservationi obnoxiiis, II. 120 & 127.b.

## T

Testamento patris non subsistente, & filii nullum esse. Et quid eo per querelam rescisso, I. 445.  
Testium conditio tempore testamenti spectanda,  
I. 356.  
Traditio vera & ficta, I. 226.a.  
Citra traditionem dominia juris gentium non transferri, *ibid.*

## V

Universitatis res quæ, & quantum in his juris singulis,  
I. 169.a.

F I N I S.



