



ed. fecha 15

R. 44. 079

etm



2

FA/86

NA: 339796

347

Derecho civil - Obras anteriores

BIBLIOTECA

a 1800

7A/86
A R N O L D I
V I N N I I, J C.

SELECTARUM JURIS

QUÆSTIONUM

LIBRI DUO.

QUIBUS

Intricatissimæ Juris materiæ hactenus non ventilatæ,
omnibus legum Rom. candidatis utilissimæ,
elegantissime enodantur,

EDITIO NOVISSIMA.



COLONIÆ AGRIPPINÆ,

Sumptibus STEPHANI ABBATIS.

Anno M. DCC. XVI.

A R K O R O
M I N I
E T A R E M L U R I S
O U S T I O N I M
M I A R S D U O
Q u i n t a

Institutione, quae in hoc tractatu non continetur.
Anno regni Henrici octavi regis Anglorum
elegantius ordinavit.

Henricus octavius



COLLEGIUM
Scolasticorum
Hic

AMPLISSIMO ET DOCTISSIMO VIRO

D. CAJETANO

ARGENTO

S.C. Neapolitani PRÆSIDI Meritissimo.

OCTAVIUS IGNATIUS VITALIANUS,

S. P. D.



U^m plurimas, easque non vulgares; quibus olim tenebantur hominum ingenia, bonarum rerum disciplinas periisse, atque extinctas omnino esse, dolendum sit, PRÆSES amplissime; tum hanc,

in qua sitam omnes vel maximam Reipublicæ utilitatem intelligimus, juris interpretandi tractandique rationem, ita videmur amisisse; ut non ita multos, qui haud contemnendi videantur, qui vero excellant, quam paucissimos liceat invenire. cujus quidem incommodi culpa unde manaverit, perspicuum est cognoscere. Primum illud in controversiam non vertitur, omnes artes atque res omnes, quarum est disciplina, non easdem perpetuo esse, sed modo augeri, modo minui: ea enim, quæ ad res naturales conditio pertinet, inventa quoque hominum operaque attingit, imo etiam artes ipsas liberales, rerumque laudandarum studia: ut sicut quod ex partibus aliquando coit, easdem in partes dilabi tandem oporteat ac dissipari; ita ea omnia, quæ ab arte hominumque ingenio atque industria, naturam certe imitante, fluxerunt, tolli quotidie ac mutari contingat. neque solum ab externis causis, nobis scilicet invitis, verum etiam nobis ipsis volentibus, ut quia temporum conditionem ac propriæ utilitatis rationem sic postulare sit persuasum.

suasum. Quo sane incommodo affici in pri-
mis jurisprudentiam, fato quo nescio, com-
pertum est: etenim quæ olim e jurispruden-
tiæ studio maximam consequi gloriam cre-
debant, eruditæ Italarum, Gallorum, alio-
rumque populorum Nationes, ut illud Viri
præclarissimi & in supremis dignitatibus po-
siti vel in maximis occupationibus nunquam
intermitterent; hisce nostris temporibus de-
seruisse omnino, atque ad alia studia se con-
tulisse videntur. neque nobis, quos olim de-
derunt, Viros illos clarissimos in rebus ad ju-
risprudentiam spectantibus hodie imper-
tiuntur. Cujus quidem rei, ut dixi, non alia
perfecto ratio constat, quam temporum in-
clinatio, voluntatisque hominum doctissi-
morum mutatio, qui in philosophicis, ma-
thematicis, atque ecclesiasticis rebus potius,
quam in civili scientia, suorum gloriam stu-
diorum collocandam esse, arbitrati sunt. Illud
quoque nobis accedit incommodum, quod
cum eorum magna pars, qui jus civile pro-
fitentur, in foro plerumque versetur, non
id contendit, ut ex tali tantoque munere,

quale est profecto Clientum controversias
causasque tueri, gloriam potius, quam vile
lucrum sibi constituat: omnemque propte-
rea laborem in iis impendit rebus, non quæ
ad bonam jurisprudentiam pertinent, sed
ex quibus in forensi concertandi genere lu-
cri nomine multum accipitur. proinde cete-
rarum artium ac disciplinarum peritis juris-
consultus ipse, ut Cicero agebat, nihil esse vi-
detur, nisi legulejus quidam cautus & acu-
tus, præco actionum, cantor formularum,
auceps syllabarum. Hoc vero quid fieri tur-
pius, aut indignius dici potest? An ejusmo-
di sibi finem optimus jurisconsultus præscri-
bere debet? aut intra tam arctos cancellos
jurisprudentiæ studium est concludendum?
Dignitas nobis in primis expetenda est;
& quamvis non dubitem, etiam juriscon-
sultum, si ei commodum sit, pecuniam fa-
cere posse: non id tamen, ut primum nostro-
rum laborum præmium, proponendum. no-
bilmetipsis existimo; sed auctoritate nutu-
que legum domitas habere libidines, coerce-
re omnes cupiditates, nostra tueri, ab alie-

nis mentes oculos manus abstinere, amicis
& clientibus opitulari, atque ad honores
& Reipublicæ munera subeunda idoneos
nos præbere. Eum denique, ut omnia uno
verbo complectar, finem sibi Jurisconsulti
decernere debent, quem sibi statuunt Phi-
losophi; quorum omnium sine dubio biblio-
thecas, quibus utimur, legum nostrarum
volumina, si quis legum fontes & capita pe-
nitus introspiciat, & auctoritatis pondere,
& magnitudine rerum, & utilitatis ubertate
superare videntur. Quæ cum ita sint, juris-
consultorum nomine indigni sane existima-
ri possunt, qui formulas quasdam fori tan-
tum sequuti, & quibusdam etiam forensium
rerum Scriptoribus lectis ac pervolutatis,
tanquam satis instructi ad causas in foro tra-
ctandas tuendasque accedunt. Ex quo fit
propterea, ut cum ad interpretandum ca-
put aliquod legum Romanarum de iis inter-
dum rebus disceptari contingat, quæ ad jus
nostrum nihil pertinere ipsis aliquando vi-
sum fuit, ita labantur, ut aliis miserandi,
aliis irridendi esse videantur. Quæ res au-

tem hoc damno atque contumelia toties af-
fecit eos, qui in foro versantur, nisi vetus illa
ac falsa opinio, quæ tanquam communis pe-
stis opplevit omnia fere Tribunalia, ad in-
terpretandum scilicet, tractandumque jus
civile, satis superque esse quarundam tan-
tum legum notitiam, eamque mancam quo-
dammodo atque inchoatam, & forensium
aliquot librorum lectionem? Non eo dico;
PRÆSES amplissime, quod horum lectio-
nem existinem esse negligendam; eam
enim homini forensi esse quam maxime ne-
cessariam, ultro est concedendum: sed quod
nostræ civilis prudentiæ pars minima esse
videatur. in qua qui versantur, de philo-
sophia aliquid, de arte oratoria multum,
de historia, de antiquitate, de jure Eccle-
siastico universo, de administratione Rei-
publicæ, denique de toto nostro jure civili,
in quo earum rerum continentur quædam,
ut ita dicam, semina, percipere non pauca ac
retinere debent. Illam vero pestem atque ca-
lamitosam tempestatem, quam memora-
bam, cum per omnia, saltem Italiæ, tribu-
nalia

nalia jurisprudentiæ accidisse doleamus; tum per hæc nostra Neapolitana subsellia jamdiu pervasisse, aliquando dolumus. Quam licet avertere tentaverint Viri aliquot præclarissimi, qui elapso seculo floruerunt, cum & exculto dicendi scribendique genere, & Romanarum rerum notitia, & omnibus denique ad interpretandum tractandumque jus civile necessariis rebus instructi atque ornati essent, hisque adjumentis atque subsidiis in agendis causis uterentur; non id tamen assequi potuerunt, ut communem pestem averterent, ab eaque homines adolescentes, qui tunc in foro instituebantur, omnino defenderent. neque enim tanta pollebant auctoritate, quanta ad rem hujusmodi perficiendam necessaria fuisset; neque deinde qui sequuti sunt susceptam provinciam sustinere curaverunt. Id accidit illorum potissimum injuria, qui huic malo mederi debebant: inter quos non ita pridem extitit, qui silentium fieri juberet, si quandoque inter dicendum elegantiora quædam miscerentur, quæ etsi causæ essent accommodata, non

tamen hominis forensis propria, sed potius
industriæ quædam causæ actionem procras-
tinare volentis, Viro illi alioquin probatissi-
mo videbantur. Nec silentio tandem præter-
eunda est præmatura illa atque effrenata cu-
piditas, qua nostrorum adolescentium animi
rapiuntur; ut scilicet, post aliquid de jurispru-
dentia vix degustatum, confestim volitare in
foro, hæere in jure ac judicum subselliis,
jactare se in causis peragendis, & grandem
pecuniam quamprimum comparare festi-
nent: ob idque quæ non operoso & molesto
labore moliuntur? quas non experiri artes,
ac vias tentare solent, ut illustrem splendi-
damque totius Civitatis clientelam ad se tra-
ducant? quod sine maximo tum ipsorum-
met detrimento, tum clientum jactura, tum
gravi in alios, qui in foro versantur, præjudi-
cio, fieri commode non potest. Verum enim-
vero, cum tot tantisque necessitatibus affe-
ctus esset atque afflictus amplissimus Juris-
consultorum Ordo, optime huic CAROLUS
CÆSAR consuluit, cum Te, Vir ornatissime,
Neapolitano Prætorio Præfectum constituit;

nempe

nempe ut omnibus malis Prudentia Tua
mederetur, nosque a communi exitio & sum-
mis difficultatibus ereptos, ad summam feli-
citem, & optatam antea magis quam spe-
ratam prosperitatem traduceret. Itaque nunc
vere incidunt secunda jurisprudentiæ tem-
pora, cum non gratia apud Viros primarios
Civitatis, sed virtute æstimantur ingenia;
cum omnia cura & vigiliis elaboranda, men-
teque sunt perficienda; cum a Te, quæ ab ipso
studio scientiæ civilis separari minime pos-
sunt, honesta alia studia, a Te ceteræ liberales
disciplinæ, a Te jurisprudentia ipsa ornamen-
ta sua consequitur. Nam sicuti qualis illa
quantaque esset, dum clarissimas in foro age-
res causas, Tuo olim exemplo effecisti, ut om-
nes intelligerent; ita nunc ope Tua atque au-
toritate id efficis, ut TE PRÆSIDE pristinam
laudem existimationemque recipiat. Sed lon-
giorem, quam par esset, facerem epistolam,
si quam vehementer adjuves nostrum Or-
dinem, quantum Tibi pro ista mente istaque
cura omnes debeamus, quantum ab ipso
CÆSARE, qui tantum Tibi Magistratum

contulit, gratiam & benevolentiam in eas, complecti vellem. talium ac tantarum laudum cumulum neque hujus epistolæ ratio fert, neque patitur severitas Tua senatoria, ad quam revocas, magistra profecto pudoris ac modestiæ. Unum itaque restat, nimirum ut suscepti mei consilii rationem aperiam; quo factum est, ut selectissimas præclarissimi J.C. Arnoldi Vinnii quæstiones denuo Coloniae imprimi, easque cum Tui Nominis inscriptione divulgari curarem. Certe, cur ego id fecerim, hoc ipsum habeo causæ, quod optimum tractandi juris atque interpretandi genus in causis agendis introducendum cures diligenter; ob idque & eos omnes summis laudibus extollas, qui illo utuntur: & libenter studioseque, imo etiam egregia cum animi alacritate audias, cum ante Tribunal Tuum præstantissimorum Scriptorum Testimonia, qui in jure interpretando doctrina & ingenio plurimum valuerunt, inter dicendum aut scribendum in medium afferuntur. Oportet igitur, ut quæ a doctissimis Viris magno labore magnisque vigiliis sunt elucubrata,

brata, ea hoc tempore & PRÆSIDE TE ad manum habeantur : eosdem enim imitando optimum illud rerum , quæ ad jurisprudentiam pertinent, tractandarum genus facilius confectari possumus . Hoc autem jurisprudentiæ decus pro suis quisque viribus , Tibi scilicet morem gerendo, sublevare deberet, ac proinde in id studium incumbere , ut quæ doctissimi Jurisconsulti nobis reliquerunt , & ob exemplorum paucitatem pene interierunt , aut etiam ita depravata , ita mutila leguntur , ut sæpissime vix , & ne vix quidem, intelligi possint, optimis characteribus impressa, atque emendatissima divulgentur. Illud vero accidisse in primis de selectissimis hisce quæstionibus, dolendum erat: nam quæ Ultrajecti prodierant exempla, pene interierunt; & quæ alias Colonia, præterquam quod & ipsa nec obvia sunt , incredibile est quam sint depravata . id autem quantum afferret incommodum juris studiosis, & iis præcipue qui in foro versantur , nemo est qui non viderit . Sed nimium fortasse epistolæ limites excederem , si quibus nominibus selectæ hæ

quæ-

quæstiones præ ceteris omnibus, quæ ab aliis
conscriptæ sunt, magnopere sint laudandæ,
recensere vellem. Nam cum multa sint in ju-
risprudentia & gravia, & utilia, accurate co-
pioseque ab aliis disputata; tum nemini qui-
dem video jurisconsultorum adhuc contigif-
se, ut idem utroque in genere exquisite adeo
laboraret, sequereturque & forense & perpo-
litum disputandi genus. Nihil hic non apte,
distincte, ornate scriptum; nihil præterea,
quod non sit foro accommodatum: mira de-
inde disputandi methodus, quam utinam se-
querentur ii omnes, qui scripto pro Clienti-
bus in foro respondent. Neque enim quæstio-
nes ipsas, simul ac primum constituuntur,
Auctor clarissimus attingit, sive rem illam,
quæ disputanda proponitur, statim expen-
dit; sed antequam exquirere incipiat, manet
paulisper, & principia causasque rerum, ea-
rumque progressus, quasi antecessiones quas-
dam evolvit: nempe ut Lector quasi per
consequentiam dubii propositi decisionem
consequatur, & clarius ac perfectius statum
controversiæ percipiat, imo & totam mate-
riam,

riam, & ea omnia, quæ circa quodque rerum
caput certi & explorati juris sunt. quod sane
ad aperiendam veritatem, & contraria quæ-
que refutanda, quantum afferat adjumenti,
unusquisque potest cognoscere. Quis enim
non fatebitur, ex iis potissimum rebus cujus-
libet quæstionis decisionem petendam esse,
ex quarum ignoratione omnis primum am-
biguitas orta est, & in utramque deinde par-
tem disputatio? Magnum itaque nostris af-
ferri subsidium existimavi hac nova editio-
ne laborum tanti Viri; ex quibus scilicet non
ii modo, qui nunc in foro instituuntur, sed
etiam qui docti sunt, & diu in eo versati,
multum se consequuturos, & ad dicendum
& ad scribendum, usu experientiaque ani-
madvertent. Tibi vero, PRÆSES amplissime,
eandem ob causam hanc meam industriam
probari existimo, atque idcirco Tibi etiam
inscriptas has quæstiones volui. id quod & alio
nomine debebam, ut aliquid scilicet huma-
nitati Tuæ dependerem, qua me aut scriben-
tem aut dicentem semel atque iterum ac sæ-
pius commendasti. Quoniam igitur pro ista

Tua

Tua erga me voluntate , proque iis officiis ,
quæ in me contulisti , fructus aliquot indu-
striæ meæ atque studiorum meorum debere
intellexerim , atque offerre cogitaverim ; ii-
dum ad maturitatem pervenerint, ne hoc in-
terim spatio quicumque laudes , quas de me
habuisti , audierunt , me beneficiorum obli-
tum putarent: curavi ut quod non habebam,
aliunde sumerem, & quos Tibi per hæc tem-
pora offerrem, alienæ fructus industriæ mu-
tuarer . Vale . Idib. Aug. M.DCC.XVI.

C A P I T A

L I B R I I.

- I. **A** *N sine exceptione quicquid contra legem fit, sit ipse se jure nullum?* Fol. 1.
- II. *Leges interpretari sitne solius Principis, an vero & quo casu etiam privatorum?* 5.
- III. *Utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere praetoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, an jurisdictioni adscribenda?* 10.
- IV. *An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum, & de tempore ad tempus, ex ratione juris nostri defendi queat?* 15.
- V. *In jus vocatio an sit pars iudicii proprie dicti?* 21.
- VI. *An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri profit aut noceat?* 24.
- VII. *Si unius debiti plura sint chirographa apud creditorem, an unius redditione censeatur obligatio remissa?* 28.
- VIII. *An de controversiis ex testamento ortis recte transigatur non inspectis testamenti verbis, & quid hic statuendum de pactione gratuita?* 31.
- IX. *An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera, ex ratione juris nostri defendi possit?* 36.
- X. *An recte Interpretes statuunt, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire iudicium, rescindens & rescissorium?* 39.
- XI. *Quale sit beneficium restitutionis in integrum, reale an personale, & an fidejussoribus quoque profit?* 44.
- XII. *An dolus dans causam contractui bonae fidei, eum reddat ipso jure nullum?* 48.
- XIII. *An minori 25. annis Doctore juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio?* 56.
- XIV. *An si institutus beneficio aetatis contra aditionem hereditatis restitutus sit, convalescat substitutio?* 59.
- An

C A P I T A

XV. *An auth. Sacramenta puberum, C. si adv. vend. pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?* 62.

XVI. *Utrum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum similitudinem judicium habentium?* 65.

XVII. *An litis contestatio aliter, quam negative, ex parte rei fieri possit?* 67.

XVIII. *An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sita sit forum competens, an vero & locus domiciliarii rei?* 70.

XIX. *An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hereditatis?* 74.

XX. *An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?* 78.

XXI. *An liberi juste exheredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an ceteris partem faciant?* 82.

XXII. *Legitima sitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?* 87.

XXIII. *Petitio hereditatis an detur contra possidentem titulo singulari?* 90.

XXIV. *An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?* 93.

XXV. *An bonæ fidei possessor fructus omnes, tam naturales quam industriales, percipiendo suos faciat?* 100.

XXVI. *An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, Domino rem suam vindicanti restituere teneatur?* 106.

XXVII. *An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem publiciana experiri liceat?* 111.

XXVIII. *Ususfructus sitne dividuus, an individuus?* 115.

XXIX. *An testator possit fructuario remittere cautionis fructuariae partem, quæ est de re finito usufructu restituenda?* 119.

XXX. *An in argumento de servitutibus prædiorum sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?* 122.

XXXI. *An in præscriptione servitutum semper opus sit*

- titulo? 125.
- XXXII. *An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?* 130.
- XXXIII. *An is, in cujus ædibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad resarciendum damnum vicinis inde allatum; & an inquilinus ex locato locatori?* 134.
- XXXIV. *An actiones finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo 30. annorum præscriptione tollantur, & an longi temporis præscriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei possessori?* 138.
- XXXV. *Quomodo inter fratres instituto familiæ erciscundæ iudicio dividenda hereditas?* 142.
- XXXVI. *An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?* 146.
- XXXVII. *An actio negotiorum gestorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciscundæ?* 151.
- XXXVIII. *An in iudicio familiæ erciscundæ condemnatio & absolutio facienda in personis omnium?* 155.
- XXXIX. *Ad quodnam tempus referenda sit rei debite æstimatio, si ea creverit, aut decreverit?* 159.
- XL. *An si convenerit ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?* 164.
- XLI. *An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ post biennium opponere possit, onus probandi in se suscipiens?* 170.
- XLII. *An iusjurandum iudiciale recusari possit delatum ab actore qui nihil probavit?* 176.
- XLIII. *An iusjurandum necessarium sive suppletorium iudex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri, aut recusari possit?* 182.
- XLIV. *Quando & quibus in causis à iudice deferri possit aut debeat iusjurandum necessarium seu suppletorium?* 185.
- XLV. *An iudex possit ab initio modum statuere iurijurando in litem; & an ex causa possit id non sequi vel à principio*

CAPITA LIBRI I.

- cipio non deferre?* 190.
- XLVI. *An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, praescriptis verbis, & condictio ob causam dati?* 195.
- XLVII. *An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est, repetitio detur?* 199.
- XLVIII. *An mulier ex quavis causa etiam extra judicium efficaciter renuntiet senatusconsulto Vellejano?* 205.
- XLIX. *An etiam id quod natura debetur, in compensationem veniat?* 209.
- L. *An reus compensationem ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus sit?* 216.
- LI. *An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit?* 219.
- LII. *An praeter dolum, etiam culpam & quam culpam praestet procurator seu mandatarius?* 221.
- LIII. *An pactum de inaequalibus lucris & damni partibus inter socios valeat, ubi aequalis est operae & pecuniae collatio?* 225.
- LIV. *An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo sit?* 227.
- LV. *An in emptorem hereditatis transeat jus accrescendi?* 230.
- LVI. *An beneficium l.2. C. de resc. vend. competat venditori non ignorantem valorem rei venditae?* 235.
- LVII. *An locus sit beneficio l.2. C. de resc. vend. in transactione?* 238.

C A P I T A

L I B R I I I.

- I. **S**I conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat? 243.
- II. An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusin inconsulto Domino? 247.
- III. An Dominus fundi emphyteutici post elapsum tempus canonem recipiens, videatur renuntiasse caducitati? 252.
- IV. An is qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat? 256.
- V. An hypotheca constituta in rebus per beneficium l. 2. C. de resc. vend. avocatis, extinguatur? 260.
- VI. An juri offerendi debiti luendique pignoris præscribatur longissimo tempore, seu 30. aut 40. annis? 265.
- VII. An *antichresis* sit species pignoris, & an aliqua sit *antichresis tacita*? 269.
- VIII. An & quando evictioni sit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato? 274.
- IX. An & quomodo *fœnus* differat ab usura? 278.
- X. An & quatenus mora debitoris noceat fidejussori? 281.
- XI. An solæ questiones facti sint objectum probationis? 286.
- XII. An facti negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio? 289.
- XIII. An & quo jure licitum sit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere? 293.
- XIV. An quævis filia à quibusvis parentibus dotanda, & ex professo an pater cogatur dotem dare filia locupleti? 299.
- XV. An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio sequuta non sit? 304.
- XVI. An cum testator prohibuit inventarii consuetudinem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur? 310.

Utrum

XVII. *Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero tantum ut voluntas ultima intestati?* 315.

XVIII. *An verbis nuncupata parentum dispositio inter liberos ex privilegio valeat?* 321.

XIX. *An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis solemnitas?* 324.

XX. *An liberis suis heredibus præteritis à patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post Novell. 115. cap. 3.?* 327.

XXI. *Utrum si exheredatio facta sit sine elogio testamentum ex Nov. 115. nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela sit opus?* 333.

XXII. *An jus accrescendi in hereditatibus cum aliquo effectu à testatore prohiberi queat?* 337.

XXIII. *Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo heredi à patre factæ extitisse intelligatur, ut substituto fiat locus? Et an jus suitatis per hujusmodi substitutionem tollatur?* 344.

XXIV. *An quemadmodum quod explorati juris est, sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgaris?* 349.

XXV. *An legatum in alterius arbitrium recte confertur?* 354.

XXVI. *Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?* 358.

XXVII. *An unquam error in nomine legatarii reive legatæ, aut falsa demonstratio vitiet legatum?* 364.

XXVIII. *An heres ob omissam inventarii confectioem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant, & an ex eadem causa amittat legitimam?* 368.

XXIX. *Filius hereditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur, & quid hic usu receptum?* 374.

Utrum

L I B R I I I.

- XXX. *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?* 382.
- XXXI. *An in successione fratrum consanguineorum & uterinorum discretio bonorum observanda, & obiter, an observanda in successione adscendentium?* 388.
- XXXII. *An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos suscepit?* 392.
- XXXIII. *An per querelam inofficiosa donationis revocetur tota donatio?* 397.
- XXXIV. *An pro mortis causa donatione haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo modo revocaturum donationem?* 403.
- XXXV. *An dissensio in causis dandi & accipiendi impediatur dominii translationem?* 406.
- XXXVI. *Possit ne dari plena possessionis definitio, quæ species omnes complectatur, & quænam sint istæ species?* 411.
- XXXVII. *An in eo, quod interest, æstimando etiam lucrifratio habeatur?* 418.
- XXXVIII. *Num in taxatione ejus, quod interest, id omne, quod actor consequi potuit, nec consecutus est, sine exceptione æstimetur?* 421.
- XXXIX. *An interdictum seu judicium possessorium re-
ste cumuletur cum petitorio seu rei vindicatione?* 425.
- XL. *Exceptio divisionis quando proponenda?* 432.
- XLI. *An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore elapso obligatus maneat, & quomodo?* 438.
- XLII. *An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?* 442.

In fine
 XXXI. An in facibus...
 XXXII. An in facibus...
 XXXIII. An per...
 XXXIV. An per...
 XXXV. An per...
 XXXVI. An per...
 XXXVII. An per...
 XXXVIII. An per...
 XXXIX. An per...
 XL. An per...
 XLI. An per...
 XLII. An per...
 XLIII. An per...
 XLIV. An per...
 XLV. An per...
 XLVI. An per...
 XLVII. An per...
 XLVIII. An per...
 XLIX. An per...
 L. An per...



438

✱

1.

ARNOLDI

VINNII JC.

SELECTARUM JURIS

QUESTIONUM.

LIBER I.

CAPUT I.

*An sine exceptione, quidquid contra legem fit,
sit ipso jure nullum?*



Uicquid contra legem fit, id pro infecto haberi, & ipso jure nullum esse, jubent *Impp.* in *l. non dubium 5. C. de legib.*. Igitur, verbi causa, si filius familias sine consensu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur, §. *si adversus 12. Inst. de nupt.*. Si in testamento facien-

do ea, quæ ad juris solemnitatem pertinent, omissa fuerint, deficit ipso jure testamentum, *l. 1. ff. de injust. rupt. testam. l. si unus 12. C. de test.*. Si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, idest, neque heredem instituerit, neque, ut oportet, exheredaverit, testamentum prorsus inutile est, & nullius momenti, *Inst. de exher. lib. in pr. l. 30. ff. de lib. & post.*. Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut auctororum, sine decreto, alienaverint, cassa est atque ipso jure nulla alienatio, *tit. C. de præd. min. sine decr. non alien.*. Sed & si quid factum est, non quidem adversus expressam legis prohibitionem, verum contra mentem ejus & sententiam, etiamsi lex id verbis non expresserit; placet nihilominus, actum ipso jure esse invalidum & nullum, *d. l. non dubium 1. C. de legib. l. hoc modo 64. §. 1. ff. de cond. & dem.*, ubi & exemplum.

A

Aliud

Aliud exemplum habemus in *l. si sponsus §. circa 5. ff. de donat. int. vir. & ux. l. si quis 38. ff. de contr. empt.*; nempe si vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipso, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra & inutiliter fiat quod prohibitum est: adeo ut nec opus hinc sit aliqua vel exceptione vel rescissione aut restitutione. Nec ipse actus solus legi contrarius ipso jure inutilis est, sed etiam quicquid tali actui accesserit, sive pactum, sive pignus, sive stipulatio, sive jusjurandum, *d. l. non dubium in fin.*: nam accessio sequitur conditionem causæ principalis. Ceterum quod de jurejurando ibi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum est, *cap. cum contingat extr. de jurejur.*, & *cap. quamvis de pact. in 6.*; ubi Pontifices non tantum ipsum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens servari volunt, sed etiam actum jure inutilem eo confirmari, & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum dispositioni *d. l. non dubium*. Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis, & bonis moribus contrarius est, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia jusjurandum vergit in præjudicium alterius, aut servari non potest sine dispendio æternæ salutis, juri antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis, & restitutionem in integrum, ut loquuntur *Bartolus & Salicetus in auth. Sacramenta puberum C. si adversus vendit.*: ac probabile omnino est, *Imp. Fredericum* in *d. authent.* sequutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat, idem juramentis robur ex sua auctoritate addere voluisse, quod à Pontificibus acceperant; ut rectè meo judicio sentiant, qui ampliandæ *l. 1. C. eod. tit.* authenticam illam ab *Irnerio* subjectam putant: sed hæc non sunt hujus disquisitionis.

Quæritur autem, an semper & sine exceptione verum sit, quod diximus, pro infecto & nullo haberi, quod contra legem fit, sive contra quam lege cautum est. Et si quidem lex simpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, rectè colligimus & statuimus, ea, quæ contra legem fiunt,

fiunt, pro infectis haberi, & ipso jure esse nulla; tunc enim hanc esse pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum est, infectum sit, idest, cassum & irritum prorsus: veluti si filius sine consensu patris matrimonium contraxerit; si vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit; si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, aut sub conditione, quæ non sit in ejus potestate, heredem instituerit; si quis in fraudem creditorum manumiserit; si minor natu majorem adoptaverit, &c.. Sed & si lex ulterius procedat, & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo pœna adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum est ipso jure, quod factum est; & præterea pœna adjecta annullationi præstanda est: exempla habemus in *l. 4. l. 6. cum auth. seq. C. de incest. nupt. l. un. C. si quacunque præd. pot. l. pen. C. de interd. matr. int. pup. l. cum qui 18. ad l. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt. cum simil.*; quibus locis incestæ & prohibitæ nuptiæ, non solum cassæ & irritæ esse jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enim vero cum lex aliquid fieri vetat, & pœnam, si contra factum erit, nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut, quod factum est, valere aliquo modo & subsistere patiatur, ceterum remedium suppeditet, quo id postea rescindatur, aut alias infirmetur, pœnave aliqua facienti irrogetur; quod factum est, ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna quam lex constituit. Exemplo sint Senatusconsulta Macedonianum & Vellejanum; quorum illud vetat filiosam. mutua pecuniam dari; hoc comprehensum est, ne fœminæ pro ullo intercedant: & tamen si aut filiosam. mutua pecunia data sit, aut fœmina pro alio interceserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro Senatusconsulto plane annullatur; sed aut actio contra filiumfamilias mulieremve denegatur, si constet contra Senatusconsulta factum esse; aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio, *tit. ff. & C. de Senatusc. Maced., & ad Senatusc. Vellejan., junct. l. nam posteaquam 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, si heredes non instituantur, exhe-

redari jubet: & tamen si neque heredes instituti, neque exheredati fuerint, non ideo testamentum patris jure prætorio nullum est, quia Prætor id patitur subsistere, & tantum remedium suppeditat, quo id rescindatur, data scilicet præteritis bonorum possessione contra tabulas testamenti paterni, §. *emancipatos Inst. de exhered. lib. l. 1. & tot. tit. ff. de bon. poss. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris est, nubit, contra legem facit, *l. 1. ff. de his qui not. infam.*; non ideo tamen matrimonium ipso jure nullum est: imo nec rescinditur, sed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur, *l. 1. C. de secund. nupt.* Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis de exheredatione liberorum facta, aut sine justa causa, aut nulla ingratitude causa expressa; utrum ob id testamentum patris sit ipso jure nullum ex constitutione Justiniani *Nov. 115. cap. 3.*: an hoc non obstante testamentum nihilominus ipso jure subsistat, atque ad id rescindendum etiamnum quærela inofficiosi sit opus? De quo agemus ex professo *lib. 2. quæst. 21.* Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum est, rescindi aut ipso jure nullum esse, nisi & in totum contra legem factum sit; alias non nisi quatenus in legem peccatum: verbi gratia, si quis majores, quam licet, usuras stipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit stipulatio, sed dumtaxat quatenus legitimum modum excedit, *l. placuit 29. ff. de usur.* Non in totum irrita est donatio, quæ summam lege definitam excedens actis insinuata non est, sed tantummodo eatenus, quatenus superat definitionem legis, *l. sancimus 34. C. de donat.* Sic remissione cautionis fructuariæ facta à testatore non vitiatur legatum ipsum usufructus, ut perperam existimavit *Hunnus 2. resol. tr. 2. q. 16.*, sed remissio pro non scripta habetur: quoniam non in legando usufructu, sed tantum in remittenda cautione contra legem fecit testator, *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufruct.*

C A P. II.

*Leges interpretari sit ne solius Principis, an vero,
& quo casu, etiam privatorum?*

Sicut solius Principis est leges condere, ita & ejus solius est leges interpretari; quæ sententia multis locis expressa est, *l. 1. l. leges 9. l. ult. C. de legib.*, & ab ea initium sumit *Novella Justiniani de mul. rapt. pass. 143.* Quis enim, ut idem Imperator, ait *d. l. ult. C. de legib.*, legum ænigmata solvere & omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Nulline igitur leges interpretandi jus est, solo Principe excepto? Nulli sane tale, quale Princeps habet, ut scilicet interpretatione sua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis à mente legislatoris recedat; quoniam id non est servare legem interpretando, sed mutare, quod nemini licet, nisi Principi. Et hoc est, quod *Constantinus* rescribit *l. 1. C. eod.*, inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis & oportet, & licet inspicere; & *Valentianus l. 9. C. eod.*, duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud *Harmenopuli l. 1. tit. 2. §. 33. ὅτι τὸ ἐπιπέδον τὸ νόμιμον βέλεται, ἔπερον δὲ τὸ δίκαιον, μόνος ὁ βασιλεὺς τὴν περὶ τῆς τεμνοῦς ζήτησιν*, idest: Cum aliud jus ipsum, aliud æquitas postulat, controversiam hanc solus Princeps dirimit. Ac proinde si ex verbis legis tam aperta sit legislatoris voluntas, ut de ea dubitari non possit, servanda lex est, quamvis dura & aspera videatur: nam credendum est, legislatorem certa ratione ductum ita constituisse, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non possimus, *l. non omnium 20. ff. de legib. l. 9. ff. de Religios.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando sequamur, quamvis forte, id quod sequimur, altero, quod non sequimur, non fit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum est, neque de legibus, quarum certa est sententia, disputari oportet: cum alioqui multa eaque certissima possent subverti,

l. & ideo 21. ff. de legib.; rueretque legum auctoritas, si in rationem earum nimis anxie inquirere liceret, ut disputat *Plato lib. 1. de legib.*. Unde *Augustin. lib. de vera relig. cap. 32.*, In istis, inquit, temporalibus legibus, quamquam de his homines judicent, cum eas instituunt, tamen, cum fuerint institutæ & firmatæ, non licebit Judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas, *cap. 3. dist. 4.*. Exemplum habemus in *l. prospexit 12. ff. qui, & à quib. man.*. *Lege Julia* de adulterijs coercendis cavetur, ne servi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra ministerium ejus fuerunt, vel in agro, vel in provincia, manumittantur, & sic quæstioni subducantur. Hoc licet nobis, quos sæpe ratio legis latet, *l. non omnium 20. ff. de legib.*, durum videatur; tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat salva voluntate legislatoris, juxta *l. benignius 18. ff. cod. tit.*, neque in iis, quæ lex disponit, debeat Judex ipsa lege esse clementior, *novell. 82. cap. 10.*, Princeps hic consulendus erit, & nobis cum *Ulpiano* respondendum: Hoc perquam durum est, sed lex ita scripta est. Neque enim ubi aperta sunt, atque inter se conveniunt verba legis & sententia, voluntatis quæstio admittenda est, sed legi parendum, & voluntas condentis nobis pro lege esse debet, *dd. 11.*. Ne-
 pos post mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hereditatem vocatur, ut suus heres; neque jure prætorio ad bonorum possessionem tanquam cognatus, *l. 6. cum 2. seqq. ff. de suis & legit. l. 6. pr. ff. de injust. rup. test. l. 1. §. 8. ff. unde cogn. §. & licet 8. Inst. de her. quæ ab int.*. Fatendum quidem est, durum esse, & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi à successione avi, à quo utique non minus descendit, & cujus sanguis non minus est, quam qui vivo eo nati aut concepti sunt: sed tamen Judicis partes hic quiescere debent: quippe cui quidem licet à verbis legis recedere, sed ita, ut ab ejus voluntate semper stet, *d. l. 18. ff. de legib.*, & secundum eam sententiam ferat, *Instit. de offic. Jud. in pr.*. Quinimo nulla est ipso jure, & ἀνομος sententia, quæ expressim contra juris rigorem lata est, *l. si expressim ff. de appell.*. An autem, ut quidam putant, à *Justiniano* hujus juris sine subtilitas sine asperitas sublata sit *Nov. 118. cap. 1.*, ad vo-
 luntatis

luntatis quæstionem pertinet, de quo postea. Si quis in rem alienam impensas fecerit, earum servandarum causa, unum tantum remedium jure nostro civili proditum est, scilicet retentio rei, opposita doli mali exceptione, si res à Domino vindicetur, *l. si in area 27. §. ult. l. servatus 48. ff. de rei vind. l. si in area 33. ff. de condict. indeb.*. Quod si omissa hac exceptione possessor rem restituerit, constanter traditum est, nullam ei impensarum nomine actionem competere *d. l. si in area 33. l. Paulus 14. ff. de except. doli mal. l. 14. §. 1. ff. comm. div.*. Hoc autem licet duriusculum videatur in persona bonæ fidei possessoris; non ideo tamen licebit Judici contra manifestam juris sententiam aliud remedium excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, atque ita æquitatis specie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hic partes erunt, non Judicis; quamquam nonnulli existiment, non esse alienum à ratione juris nostri, ut non possidenti pro consequendis impensis detur actio utilis negotiorum gestorum; sed argumentis parum validis, quæ nunc non excutio. Atque hæc una fere fuit omnium edictorum causa, & totius juris prætorii occasio; quod scilicet ejusmodi interpretatio, aut potius juris civilis correctio, à Judicibus fieri non poterat. Quam enim multa contra manifestam rationem juris civilis à prætore introducta sunt, in quibus antea nihil sibi sumere quisquam privatus vel Judex vel Jurisconsultus potuit? Sed & in quæstione voluntatis interdum Principis desideratur interpretatio, si videlicet verba legis adeo sint obscura & perplexa, ut dubitetur, num factum, de quo agitur, legis mente comprehendatur, seu an lex ad hypothesein pertineat, nec ne? Nam & hic adjuvendus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, si opus est, voluntatem suam declaret, *l. 9. & l. ult. C. de leg. l. & ideo 11. ff. cod. l. 2. & l. seq. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem, ex *Nov. 118. cap. 1.*, ubi *Justinianus* descendentes seu liberos omnes ante omnes alios vocat ad successionem parentum intestato mortuorum, sine ulla gradus prærogati-

va, idest, five primi sint, five inferiorum graduum. Ex hoc autem quidem colligunt, jus vetus, quo nepos post mortem avi conceptus à successione ejus tam honoraria, quam legitima, excluditur, à Justiniano illic sublatum esse. Sed ista collectio valde infirma est: nam & veteri jure in suis heredibus non servabatur gradus prærogativa, §. *cum filius 6. instit. de her. quæ ab int.*, & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri suo, *l. 1. §. si quis ff. unde lib. & tot. t. de con. cum emanc. lib.*. Ponendi enim, ut olim, ita & nunc termini habiles. Itaque cum in *Novella ista Justiniani*, tolerantis tantum discrimina sexus & potestatis, nihil inveniat, quod ad hujus articuli emendationem trahi possit; quod mutatum non est, adhuc vigere debet. At rursus ex diverso illud quoque fatendum est, proposito Justiniani, omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ revocare volentis, admodum consentaneum esse, quod etiam in hoc casu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujusmodi conjecturis correctio juris induci non debet; in hac perplexitate, si forte talis casus inciderit, eum non à Judice, sed à Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in potestate judicantis, contra *l. ord. 15. in fin. pr. ff. ad municip.*, & ita *Diod. Tulden. in comment. ad Cod. de suis & leg. her. cap. 4. arg. l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.*

Quod si verba legis non sint usque adeo clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo; neque usque adeo obscura, quin mens legislatoris ex antecedentibus aut consequentibus elici possit; hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, five Jurisconsultorum, aut Judicum, qui verba legis ad sententiam interpretando accommodent, *l. 12. & seq. ff. de legib.*; atque huc respicit extrema clausula *l. ult. C. eod. tit.*. Duplex autem est ejusmodi interpretatio, quarum altera extensiva vulgo nuncupatur, altera restrictiva. Extensivæ usus est, cum sententia legis latior est legis verbis, idest, cum lex minus scripsit, plus voluit: restrictivæ, cum sententia est angustior, idest, cum lex plus scripsit, minus voluit: illa utimur, cum verba legis ex sententia extendimus, & ad similia producimus: hac, cum verba ex

mente legis restringimus. Exempla extensivæ interpretationis peti possunt ex *l. illud* 32. ff. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de jurisd. l. oratio 16. ff. de sponsal. cum similib.. Plane in jure singulari extensivæ interpretationi locus non est, cujusmodi sunt jura minorum, miserabilium personarum, militum, studiosorum, fisci, ecclesiarum, aliaque privilegia personis, aut causis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in personis aut causis receptum aut constitutum est, id vetatur producere ad consequentias, neque in eo possumus sequi regulam juris, *l. quod vero* 14. & seq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de const. princip. Restrictivæ interpretationis exempla suppeditant *l. quod dictum* 32. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad Senat. Vell. l. 6. C. de legib. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud 40. pr. ff. de hered. petit. l. 111. ff. de in jus voc. &c.; sic quod generaliter cautum est *Nov. 115. cap. 3.*, Judex interpretatione sua restringere potest & debet ex *l. sicut* 9. & *l. seq.* C. de test. milit., quæ licet sint anteriores, ut videri possint per *d. Nov. 115.*, utpote posteriorem, sublata arg. *l. ult.* ff. de constit. princ.; tamen quia sunt speciales, *Novella* ista potius ex his explicanda, limitanda, & restringenda est, juxta regulam juris, *l. in toto* 80. ff. de reg. jur., fac. *l. non est novum* 26. cum seq. ff. de legib.

Debent autem tam Judices quam Jurisconsulti interpretatione sibi permessa sequi non rigorem juris civilis, non jus summum, quod summa sæpe injuria est, sed quod benignius, quod æquius est & melius, exemplo Servii Sulpitii, qui hoc encomio laudatur à Cicerone *Philip. 9.*; quod non magis juris consultus, quam justitiæ fuit; propterea quod ea, quæ proficiscebantur à legibus & jure civili, semper ad æquitatem facilitatemque referebat: & Caji illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate sejunxisse memorat idem Cicero in orat. pro Cæcina. Eoque pertinent *l. placuit* C. de judic. l. benignius 18. ff. de leg. 1. l. in omnib. 90. ff. de reg. jur.. Item præclaræ illæ Celsi sententiæ dicentis, scire leges non hoc esse verba earum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire* 17. ff. de leg.: jus esse artem æqui & boni, l. 1. pr. ff. de just. & jur.. Ex his, credo, jam dignosci poterit, quæ sint in legibus exponendis Principum, quæ Judicum partes. CAP.

C A P. III.

Utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio an jurisdictioni adscribenda?

Duplicis in argumento de jurisdictione fit imperii mentio, meri & non meri sive mixti. Merum imperium, definitore *Ulpiano*, est potestas gladii ad animadvertendum in facinorosos, *l. 3. ff. de jurisd.*, cui descriptioni si addideris, *vel cujusvis alterius gravioris coercitionis*, ex *l. 11. ff. de offic. proc. l. nemo potest 90. de reg. jur.*, plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint, sive tollendi è numero civium servitute pœnæ, deportatione, sive relegandi fustigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens; sicut dicimus merum jus gentium, quod non est mixtum cum præceptis civilibus, *l. bona fides 31. ff. de pos.*: meram donationem, idest, puram & simplicem, *l. Aquilius 27. ff. de donat.*: merum vinum, quod aqua non est dilutum, & similia. Est autem hoc nomen huic imperio inditum, quia est & aliud imperii genus, quod nostri non merum aut mixtum vocant; propterea quod jurisdictioni cohæret, subservit, inest, consistens in modica coercitione, idest, executione decretorum & pronuntiatorum in causis civilibus; cum merum illud à jurisdictione sit separatum, & circa criminum animadversionem versetur, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus & c. l. 3. ff. de jurisd.*. Igitur mixtum imperium est potestas cohærens jurisdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest; nimirum quia conjunctum & unitum est cum jurisdictione, ejusque inseparabile adjunctum: siquidem hæc duo, jurisdictio, & mixtum imperium, ratione personæ, cui sompetunt, indissolubili vinculo inter se copulata & nexa sunt, ita ut alterum ab altero divelli non possit. Nam sicut magistratus esse non potest sine jurisdictione, ita nec sine

imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit, *d.l. ult. §. 1.* . Ceterum etsi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum est cum jurisdictione, ut ab ea sejungi non possit; nihilominus tamen, ut nominibus distincta sunt, ita & re ipsa sunt diversa, actusque jurisdictionis & imperii distincti; ut neque quod jurisdictionis est, imperio, neque quod imperii, jurisdictioni attribui debeat. Diversa hæc esse patet cum ex eo, quod mandata jurisdictione etiam hoc imperium simul transire dicitur, tamquam consequens jurisdictionis, eique perpetuo cohærens, *d.l. 1. in fin., & d.l. ult. §. 1. de offic. ejus &c.*; tum quod definitur modica coercitio, qua Magistratus jurisdictionem suam tueatur, & quæ decrevit, exequitur *d.l. ult. §. 1.* . Jam vero quod simul cum jurisdictione transit, quod jurisdictionis tuendæ gratia comparatum est, id utique non est idem cum jurisdictione, sed aliquid ab ea diversum. Actuum quoque diversitas conspicua est, & facile dignosci potest. Nam causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari, captis pignoribus, aut multa exacta, imperii, non jurisdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, consistat in executione; necesse est, ut actus aliquis jurisdictionis præcedat, quem sequatur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Ac proinde qui decreta & jussa Magistratum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoriam stipulatione, in possessionem mittere, aperte sibi contradicunt, dum ajunt, imperium esse coercitionem cohærentem jurisdictioni, ut nervos habeat, illudque positum esse in executione; ut *Coras. 3. misc. 17. Duar. de jurisd. cap. 7. Donell. 17. com. 6. Vand. 2. quest. 35. Fuchin. 2. contr. 95. Scipio Gentil. 1. de jurisd. cap. 3.*

Accedamus jam ad disquisitionem problematis nostri, & videamus, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoriam stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio adscribenda sint, an jurisdictioni? Imperio attribui non possunt. Nam, ut de bonorum possessione primum dicam, nul-

ius in ea danda præcedit actus jurisdictionis, quem Prætor eam dando defendat, neminem coërcet, neminem multat. Quod si dicat aliquis, præcedere saltem cognitionem aliquam; is cogitet, nullam esse sententiam, quam non præcedat causæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii sunt, posuit unquam sententiam dicere, cum unde petitur, absolvere aut condemnare? Jus dicendæ sententiæ etiam pedanei Judices habent, quorum tamen nec proprie jurisdictionis est, sed nuda dumtaxat notio, idest, cognoscendi & judicandi facultas sine exequendi potestate, *l. 5. l. à div. 15. ff. de re jud.* Relinquitur ergo ut dicamus, bonorum possessionem dare, actum esse jurisdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipsum ex eo quoque manifeste evincitur, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione consistit, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano in *pr. Inst. de bon. poss.*: correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio, non ab imperio aliquo proprie dicto, sed à jurisdictione Prætoris veniunt, unde scilicet omnia edicta proficiscuntur; quod & nominatim de bonorum possessionibus testatur idem Imperator in *pr. §. 2. Inst. d. tit.* Quapropter sic omnino habendum est, cum Prætor alicui bonorum possessionem dat, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.*, hunc actum non esse mixti imperii, sed intra terminos consistere jurisdictionis. At enim vero si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, hic jam Prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coërcet obnitentes, *Fac. l. 3. in pr. ff. ne vis fiat ei, qui in poss.*

Sed huic sententiæ objicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de jurisd.*, ubi diserte Jurisconsultus ait, mixti imperii esse, dare bonorum possessionem; sic enim hic locus vulgo, atque in ipso quoque Codice Pisano legitur: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit, Jurisdictio est etiam Judicis dandi licentia.* Non audem asserere, locum istum corruptum esse, nisi me moveret summorum virosum auctoritas, & præcipue manifesti juris ratio. Quid igitur? non dubito, quin lectio istius loci sit vitiosa,

tiosa, & vel cum *Antonio Goveano* ad hanc *leg. nu. 34.* legendum: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit jurisdictio est. Jurisdictio est etiam Judicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum est, quam iterati verbi omisio. Vel cum *Ant. Fabro lib. 4. conject. 4.* pro quod substituendum quæ, hoc modo, *Cui etiam jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Nam ex utriusque syllabæ similitudine facile error nasci potuit; & quod caput est, verba sequentia, *Jurisdictio est etiam &c.*, evidenter ostendunt, prius à Jureconsulto prolatum esse exemplum jurisdictionis. *Hottomannus lib. 7. obs. 16.* etiam pro his verbis, *Cui jurisdictio inest*, mavult legi, *Quod jurisdictioni inest*, non equidem absq; ratione: nam proprie jurisdictio non inest, non accedit, subservit imperio, sed hoc illi, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus:* ceterum non semper & ubique æque accurate ipsi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoriam stipulatione, & in possessionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adscribi posse, superioribus consequens est. Etenim cum Prætor cavere jubet, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, id vi jurisdictionis suæ facit, non imperii: haud secus ac si Judex in actione arbitraria, aut bonæ fidei, jubeat rem petitam restitui aut exhiberi, & si jussui ejus non pareatur, contumacem condemnet quanti adversarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud *Pomponium* scriptum est, stipulationes prætorias omnes & ædilitias à jurisdictione venire, *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enimvero si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cujus vi decretum suum Prætor manu ministrorum exequitur, *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in posses.*

Movere neminem debet, quod apud *Ulpianum l. 4. ff. de jurisd.* & *Paulum l. ea quæ 26. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoriam stipulatione, in possessionem mittere, imperii magis esse, quam jurisdictionis. Nam verbo imperii istis locis non significatur imperium mixtum, de quo hic agimus:

alio-

alioqui dicere debuissent Jurisconsulti, ista non esse jurisdic-
 tionis, sed imperii mixti: cum vero dicant ista magis esse im-
 perii, quam jurisdictionis, utique fatentur esse jurisdictionis;
 sed hoc significant, esse hæc jurisdictionis cujusdam eminen-
 tis, atque, ut *Goveanus* loquitur, magis imperiosæ, quam juri-
 dicæ: in qua scilicet majorum Magistratum, hoc est, eorum,
 qui Tribunali præfunt, potestas resplendeat: minores enim
 Magistratus, quales erant Magistratus omnes municipales,
 ea quæ excellentioris hujus jurisdictionis sunt, exercere non
 possunt, *d. l. 26. pr. ad munic.*: unde alibi eodem intuitu hi Ma-
 gistratus dicuntur esse sine imperio, *l. nec Magistratus 32. in
 fin. ff. de injur.*; cum tamen mixtum imperium conjunctum
 cum jurisdictione sua habeant, *arg. l. ult. de off. ejus, l. 2. ff. de
 jurisd.*, & ut qui jurisdictionem suam captis pignoribus tue-
 ri possint, *l. quemadmodum 29. §. pen. ff. ad l. Aquil. l. 3. §. 1.
 ff. de reb. cor. qui sub tut.*. Numeratur inter ea, quæ imperii
 magis, quam jurisdictionis sunt, & quæ ob id Magistratus
 inferiores facere non possunt, etiam restitutio in integrum,
d. l. 26. §. 1. ff. ad munic.. At nec in integrum restituere mixti
 imperii actus est, sed species splendidioris illius, quam dixi,
 jurisdictionis; quæ enim hic coërcitio? aut quis dixerit, resti-
 tutionem in integrum coherere, inesse, servire jurisdictioni,
 ejusque explicandæ causa comparatam esse? Eiusdem gene-
 ris est & cognitio de suspectis tutoribus, *l. 1. §. suspecti 11. ad
 Senat. Turpil.*, ubi Jurisconsultus ait, suspecti tutoris accu-
 sationem pro Tribunali tantum examinari posse, nullumque
 alium, quam Præsidem, de hujusmodi quæstione posse pro-
 nunciare. An quia hoc mixti est imperii? minime: nam & Ma-
 gistratus municipales mixtum imperium habent, ut paulo
 ante ostensum: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ
 jurisdictionis, quam soli habent Magistratus majores, & quam
 imperii nomine passim veteres designant, *l. 8. & l. ult. ff. de
 offic. Procons. l. 3. ff. de offic. ejus & c. l. 2. ff. de adopt. l. 12. §. 1. ff.
 de jud. l. juris gentium 7. §. si pasciscar 14. ff. de pact. l. quod
 jussit 14. ff. de re jud.*; quibus omnibus locis nomen imperii
 eminenti huic jurisdictioni tribuitur, eoque nomine signifi-
 catur excellens quædam potestas majorum Magistratum;

sed

sed talis tamen, quæ posita sit in jure dicundo, & intra terminos jurisdictionis consistat.

Quidam, cum hinc se expedire alia ratione non possent, duo genera mixti imperii commenti sunt; unum, quod subserviat & cohæreat jurisdictioni, comparatum jurisdictionis contentiosæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui infit, & tanquam principali accedat atque ancilletur jurisdictioni: cujus generis esse putant ea, quæ magis imperii, quam jurisdictionis esse dicuntur: ideo nempe, quia, ut ajunt, sicut in priore specie jurisdictioni, ita in posteriore magis eminet imperium. Ita *Baro in l. ult. ff. de offic. ejus, Muscorn. de jurisd. nu. 142. Bocer. cap. 4. nu. 18. Obreth. cap. 12. n. 25. Osuv. Hil- lig. ad Don. lib. 17. comm. 8.* Sed toto eos errare judicio, ea, quæ supra diximus, manifeste ostendunt. Nullum enim est imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat, cui accedat & famuletur jurisdictioni, sed omne accedit & servit jurisdictioni; cum omne positum sit in aliqua coërcitione, comparata ad jurisdictionem tuendam atque expediendam. Ita post *Longovallium Goveanus & Ant. Fab. ubi sup. & ad d. l. 1. in rational. Bachov. ad tit. ff. de jurisd. c. de mixt. imp.*: atque hæc quoque sententia, ut est simplicissima, ita & verissima nobis videtur, & dudum visa est *tract. de jurisd. cap. 7.*

C A P. IV.

An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum, & de tempore ad tempus, ex ratione juris nostri defendi queat?

Certi atque explorati juris est, non solum eum, qui jurisdictionem habet, eam posse mandare alteri, dummodo eam habeat suo jure, non alieno beneficio, *l. 5. ff. de jurisd.*, idest, modo propriam habeat, non mandatam ab alio; verum etiam jurisdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, consensu partium posse ei ipsi prorogari: ut jam vi hujus prorogationis jus dicere possit inter eos, qui jure publico jurisdictioni ejus non sunt subjecti, aut de summa ordinaria ejus cognitione majore. Et hoc est, quod *Ulpianus*

ait

ait, *l. 1. ff. de judic.*: Si se subjiciant aliqui jurisdictioni, & consentiant: in consentientes cujusvis Judicis, qui Tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictionis; & huc facit *l. est receptum 14. l. si convenerit 18. ff. de jurisd. l. 2. pr. & §. 1. l. de quare 74. §. 1. ff. de judic.* Doctores nostri fere quadruplicem faciunt jurisdictionis prorogandæ modum; de persona ad personam, de re ad rem, seu quantitate ad quantitatem, de loco ad locum, de tempore ad tempus. Ex quibus modi duo priores certo jure nituntur, *l. est receptum 14. & l. seq. l. si convenerit 18. ff. de jurisd. l. 1. l. 2. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. de jurisd. l. de quare 74. §. 1. ff. de judic. l. inter convenientes 28. ff. ad munic.* Sed de tertio & quarto prorogandi jurisdictionem modo, scilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non sine causa quidam dubitant, an jure nostro recepti sint. Quod attinet ad aliud, de loco ad locum, quæstio in eo positæ; an ita de loco ad locum jurisdictionis prorogari possit, ut virtute hujus prorogationis etiam extra territorium juris dicendi potestas acquiratur ei, cujus jurisdictionis sic prorogata est: verbi causa, an Judex Mutinensis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ sibi jurisdictionis eam Bononiæ exercere queat? Affirmat quidem id *Zas. in l. pen. ff. de just. & jur. nu. 25. & DD. comm. in l. ult. ff. de jurisd.* Quid & porro quærunt, an hic præcise requiratur expressus consensus partium, & an etiam necessarius sit consensus Judicis illius loci, seu expressus, seu saltem tacitus? Sed si evincimus, talem de loco ad locum jurisdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi juris nostri minime consentaneam esse; omnis de ea re disputatio supervacua futura est. Alienam esse à ratione juris Romani primus ostendere tentavit *Bartholus in l. 2. ff. de judic. in pr. num. 7.* Idem post eum fecit & *Baldus in d. l. nu. 7.*, & post hunc *Salic. in l. 1. C. de jurisd. nu. 5.* Nos etiam invictis argumentis id verum esse luculenter demonstrabimus.

Primum illud extra omnem controversiam positum est, Magistratus omnes in suo dumtaxat territorio juris dicendi potestatem habere; extra locum territorii sui privatos esse, eorumque jure censerentur, *l. 3. ff. de off. Præsid. l. ult. ff. de jurisd.*

At

At privato seu ei, qui nulli iudicio præest, tribui iurisdictio consensu litigantium non potest, *l. 1. ff. de iudic. l. 3. C. de iurisd.*. Alexander in *d. l. ult.* subtilem agit, dum ait Iudicem habere iurisditionem in habitu, eamque circumferre, ubicunque locorum sit. Mihi vero valde insubtilis & inepta videtur illa Alexandri iurisditionis cum habitu comparatio: cum habitus sit qualitas & vis animi longo usu & crebris actionibus parata e subiecto ægre mobilis: iurisdictio autem jus quoddam & potestas in subiectos cives publice tributa, certos terminos ac limites suos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque iurisdictio est objectum seu materia, circa quam Magistratus versatur & occupatur, sed in suo duntaxat territorio: Magistratus adjunctum occupatum iurisditionis, sed ita limitata: sic ut Imperator est adjunctum occupatum totius imperii, quatenus scilicet circa imperii administrationem versatur. Atqui, inquires, certum est posse Magistratum etiam extra territorium suum exercere actus iurisditionis voluntariæ; possunt enim & manumissiones & adoptiones & emancipationes fieri apud Proconsulem & Præsidem, statim atque urbem ingressi sunt, antequam ingressi sint Provinciam suam, *l. 2. ff. de offic. Procons. l. apud 17. ff. de manum vind.*. Respondemus, ex eo quod actus voluntariæ iurisditionis etiam extra territorium jus dicentis expediri possunt, male inferri, posse in volentes & consentientes quoque extra fines suos extendi iurisditionem contentiosam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum est, quod iurisdictio voluntaria ubique exerceri potest, sed ex natura ipsius iurisditionis: quippe quæ exercetur in volentes & consentientes, nec aliter exerceri potest: quod si extra Provinciam jus dicentis id fiat, *τοχιρόντι* & fortuitum est. Ut ecce, si quis forte filium adoptaverit apud Proconsulem nondum ingressum Provinciam suam, is non potest dici prorogasse iurisditionem Proconsulis, non magis quam si apud Provinciam iam ingressum adoptasset. Contentiosæ autem iurisditionis eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam iurisditionem pertinent, extra territorium explicari possunt; imo nul-

la ex iis, quæ causæ cognitionem & decretum Magistratus desiderant, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis &c., *l. 8. §. vult igitur 8. ff. de transf. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. §. 3. Instit. de adopt. cum simil.* His accedit & illud, quod ubi semel ex consensu partium jurisdictio prorogata est, ea etiam in invitos exerceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non posse, apud omnes in confesso est, Quod si ea vis esset jurisditionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus esset consensu Judicis territorii; utpote qui nec alteri jurisditionem tribuere, nec eam sibi adimere potest. Non obstat *cap. statutum §. in nullo de rescript. in 6.*; nam illic sermo est de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, constat ubique jus dicere posse, etiam extra Civitatem seu Diœcesin, in quibus deputatus est, modo expressus partium ad id accedat consensus: quod etiam eodem loco a Bonifacio VIII. diserte requiritur.

Quinimo nec illud absolute admittendum videtur, posse jurisditionem Judicis ita prorogari, ut quolibet in loco sui ipsius territorii jus dicat. Etenim quæ causæ cognitionem desiderant & decretum Magistratus, ea pro Tribunali tractanda sunt, atque eo in loco, ubi salva publica majestate servatoque more majorum jus reddi potest & solet, *l. pen. ff. de just. & jur. l. 4. C. de dilat.*: quæ res cum ad publicum decus spectet, pactis privatorum mutari non potest, *l. neque ex prætorio 27. ff. de reg. jur.*: neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum est, auctoritatem judicati habeat, *arg. l. 4. C. quomod. & quand. Jud.* Quo etiam pertinet, quod apud *Ulpianum* legimus, quæcunque causæ cognitionem desiderant, ea per libellum sive de plano expediri non posse, *l. nec quicquam 9. §. 1. ff. de offic. Procons.* Atque hoc ipsum etiam a *Mario Salomonio* contra *Gulielm. Cuman. Bart. & Baldum* pridem observatum est in *l. pen. ff. de just. & jure*. Arresto quoque *Curie Parisiensis* anni 1539. 2. Septemb. continetur, ut & expensarum taxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi solet, fiant, teste *Costal. ad d. l. pen.* Quod autem Prætor non constringitur uno in loco jus reddere, sed ipsi permittitur

tur pro arbitrio suo locum constituere, ubi jus dicat, *d.l.pen.*, id non habet hanc sententiam, posse Prætores ubivis, etiam domi suæ aut in itinere, quacumq; de causa jus dicere; sed posse Prætores unum ex pluribus tribunalibus (nam in basilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicendi gratia eligere: id quod his verbis, *ubicunque Prætor salva majestate imperii sui, salvoque more majorum jus dicere constituit*, jurisconsultum significare omnino credibile est. Plane quæ circa causæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii, interrogationes &c., possunt quidem illa alio quoque loco a Magistratu aut Judice tractari, & vel domi, sella posita, vel in itinere *l.4. §.1. ff.de interrog. in jurfac.*; sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi Prætori visum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum est, nullam ex ratione juris nostri esse de loco ad locum jurisdictionis prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ jurisdictionis species, quæ ex quatuor illis, quæ vulgo Doctores ponunt, postrema est, juris nostri conditoribus cognita sit. Et quidem, qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari statuunt, argumentum sumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo; quasi extra omnem controversiam positum sit, posse jurisdictionem de tempore ad tempus prorogari per *l.2. §.2. ff.de jud.* Ego vero nec hanc speciem veteribus cognitam aut usurpatam intrepide assero, eosque qui contra sentiunt, frustra sententiæ suæ firmamentum quærere in *d.l.2. ff.de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino jurisdictionis prorogandæ formam pertinet, sed tantum loquitur ibi *Ulpianus* de prorogando tempore, intra quod Judex datus, qui nudam dumtaxat notionem, non jurisdictionem habet *l.5. ff.de re jud.*, jussus est litem aliquam sibi commissam dirimere. Hoc tempus cum solo partium favore intelligatur adjectum, etiam earundem expresso consensu prorogari posse rationis est; utique si & ipse Judex ad tempus a Prætores datus consentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur *d.l.2. §.2.*, ne videlicet Judex sine consensu suo a privatis gravetur onere judicandi. In

prorogatione autem jurisdictionis, non aliorum consensus, quam ipsorum litigatorum desideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur jurisdictio, nec denique Judicis ordinarii & competentis, utpote cui nihil hic adimitur *d.l.2. §.1. ff. de judic. Vult. 17. l.1. c. de jurisd. nu. 66.* Illud autem longe dissimile est, quod *Julianus* scribit *l. de qua re 74. §.1. ff. de judic.*, Judicem, qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majore judicare posse, si inter litigatores conveniat: hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta sunt, pertinet; sed ad secundam prorogandæ jurisdictionis formam, de re scilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notissima, de persona ad personam, certo jure recepta est, ut supra demonstravimus. Neque *Juliano* illic sermo est de simplici aut pedaneo Judice, ut in *d.l.2. §.2. & passim ff. de judic.*, cui scilicet una aliqua causa committi solebat, præscripta formula, & reservata danti potestate exequendi, *la Divo 15. ff. de re jud.*; sed de Judice publice constituto non ad unam aliquam litem, sed generaliter ad omnes causas, quæ quandoque incidere possunt, terminandas usque ad certam summam; ac proinde de eo, qui jurisdictionem habeat, & magistratus sit, fac. *l. inter convenientes 28. ff. ad municip.* Illud probandum erat, posse Magistratus annui jurisdictionem consensu litigantium ita prorogari, ut etiam finito Magistratu, & adhuc post annum, inter consentientes jus dicere possit; quod nunquam ostendent. Imo vero etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur, *l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. si soluturus 39. ff. de solut.*; neminem tamen credo tam esse infantem in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse: cum sint plane diversa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres usus fuisse videtur extra speciem *d. l.2. §.2. ff. de jud.*, ubi non jurisdictio annui Magistratus, sed nu-

da notio Judicis ad tempus dati consensu partium & ipsius quoque Judicis prorogata proponitur, *add. Ant. Fab. ad d. l. 2. §. 2. in rational.*; quo etiam loco non sine ratione clausulam illam *d. §. 2., Nisi specialiter principali jussione prorogatio fuerit inhibita, Triboniano* adscribit. Quis enim alius ita loqueretur, *jussione prorogationem inhiberi, aut inhibitione juberi?* Adde, quod insolens est ad tempus a Principe Judicem dari, aut ad tempus a Magistratu dari notionis inhibere prorogationem. Sed hæc ἐν ἀπόδω.

C A P. V.

In Jus vocatio an sit pars judicii proprie dicti?

Processus judiciarii quatuor sunt partes, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ exequutio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, fecerni potest; nec semper necessaria est, sed tunc solummodo, quando condemnatus sententiæ Judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum institendarum initium proficiscitur, *§. ult. Inst. de pæn. tem. litig.*: hoc est, qui cum aliquo judicio contendere instituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, idest, ad eum vocare, qui jus dicturus sit, juris experiundi gratia, *d. §. ult. junct. l. 1. ff. de in jus voc.*, eique actionem edere; quo is secum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l. 1. ff. de edend. autb. offeratur C. de lit. contest.* Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci, nihil statui posse; & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, *fac. 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, *Clem. pastoralis de re jud. Gail, 1. obs. 48.* Nonnulli & partem judicii esse con-

tendunt : sed hoc alii & plures negant ; quoniam iudicium non ante cœptum dicitur , quam lis est contestata, *l. amplius 15. ff. rat. rem. hab. l. un. C. de lit. contest. Gail. d. obs. 48. Vvesemb. parat. de jud. nu. 6.* . Dissidium haud difficile compositum . Nam aut vocem iudicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus iudicialis est pars ultima; aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud Iudices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu iudicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet . Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars iudicii est, quam litis contestatio, causæ cognitio &c.; unde ea quoque, quæ apud Magistratum in iure fiunt, dicuntur in iudicio fieri, passim *tit. ff. de interrog. in iur. fac. l. 2. §. 2. ff. qui satisd. cog. l. 1. §. pen. & ult. ff. de adm. tut. l. ult. ff. si quis in jus voc.* . Posteriore proprie iudicii pars non est, sed tantum principium & præparatio iudicii instituendi; neque enim proprie aut Iudex aut iudicium ullum esse intelligitur, antequam lis sit contestata *d. l. un. C. de lit. contest.* .

Sed hic nobis occurritur primum ex eo , quod in jus vocatio operetur præventionem ; id est , si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii iudicis quæsito; is in ea causa jus fori revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l. 7. ff. de iudic. c. proposuisti extr. de for. compet.* . Unde dicendum videtur, in jus vocationem etiam iudicii proprie dicti partem esse, & iudicium cœptum intelligi, simul atque reus in jus vocatus est per *l. ubi acceptum 30. ff. de iudic.* . Respondeo, etiamsi hic effectus est in jus vocationis, ut reus, licet postea alterius fori esse cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus est, porro contestari, & causam in iudicium deducere debeat; ex eo tamen non sequitur, in jus vocationem partem esse iudicii, aut iudicium jam esse cœptum, voce iudicii strictè sumpta . Nam iudicio cœpto, ne actor quidem consilium mutare, & ad novum iudicem reum vocare potest : ita cape *d. l. ubi acceptum 30. l. si is 34. ff. de iudic.* . At in specie proposita quidni liceat actori ante litem contestatam consilium mutare, reumque convenire in foro recens quæsito, *arg. l. si quis*

112. ff. de ver. obl.? Nam utique reo competere non potest exceptio præventionis, qui non prævenit, sed præventus est. Litis autem pendentiae exceptio competit demum post litem contestatam; & tunc actor etiam invitus in judicio retineri potest, poteritque reus ipsi actori volenti causam ad forum recenter quæsitum trahere, exceptionem opponere litis pendentiae. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis est, ut actorem mutuae petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuum petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant, *l. qui non 22. ff. de judic. l. cum Papinianus 14. cum auth. & consequenter C. de sent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure novissimo in actionibus realibus per solam citationem, vel libelli oblationem Principi factam, & Judici insinuatam, & per eum futuro reo cognitam, res fit litigiosa, *auth. litigiosa, & ibi DD., C. de litigios.* Ex quo non male inferri videtur, jure Novellarum judicium coeptum intelligi, saltem in actionibus in rem, statim atque reus in jus vocatus est. Et porro cum jure Canonico hoc generale censeatur, ut scilicet tam in actionibus personalibus, quam realibus, per insinuationem citationis res vitio litigiosi afficiatur, *Clem. 2. ut lit. pen. nihil innov.*; ex eo utique hujus juris intuitu judicium a citatione inchoari recte colligi putatur per *c. gratum de offic. deleg.* Respondeo, ne hæc quidem collectio firma est: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigiosam, ut ea postea alienata vel pignerata emtori vel creditori obstet exceptio litigiosi, sequitur protinus judicium esse coeptum: non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat jurisdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum*; aut quod ex sola aditione Prætoris effectus prorogationis inducitur, *l. si convenerit 18. de jurisd.* Nam illa effecta judicii coepti, actionum, quæ alias tempore aut morte periturae erant, judicio semel inclusarum perpetuatio, fructuum in strictis judiciis post acceptum judicium præstatio, exceptionum dilatoriarum exclusio &c., non sunt effecta in jus vocationis, seu citationis, ut nunc passim loquantur, sed manent adhuc propria litis contestationis, utpote per quam demum res in judicium deduci-

tur & cognitioni Judicis subicitur, *l.un.C.de lit.contest.*

C A P. VI.

v. Cap. Ao. lib. 2. fol. 432. et Ann. Lib. 2. ver. judic. Cap. 2. lib. A. An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proffit, aut noceat?

EXplorati juris est, neminem sua pactione alteri nocere posse; ac ne ei quidem, cujus est in potestate, *l. si tibi 17. §. pen. l. si unus 27. §. 4. vers. ante omnia l. contra juris 28. §. 2. l. ult. ff. de pact.*, in tantum, ut ne quidem Procurator omnium bonorum possit actionem Domini gratis remittere, *d. l. 28. §. 2.*; ex quo loco temperandi textus in *l. 12. & l. 14. ff. eod. per l. 12. C. de transact. l. pactum curatoris 22. C. de pact.* Sed nec pactione nostra alteri, cujus juri subjecti non sumus, aut cujus rebus administrandis non sumus præpositi, possumus prodesse, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur, *l. stipulatio 38. §. alteri 17. ff. de verb. obl. l. 11. ff. de obl. & act. l. quo tutela 73. §. ult. de reg. jur.*. Hinc est, quod nec pactum fidejussoris proffit reo principali, *l. fidejussoris 23. ff. de pact.*; quamquam si expresse convenit, ne a reo quoque petatur, hoc casu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, sed subsidariam doli, *l. idem in duobus 25. §. ult. & l. seq. d. tit.*. Quod vero ex contrario placet, etiam pactum generale debitoris, sive in rem factum, fidejussori quoque prodesse, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejussori proffit, ipsius quoque debitoris intersit, propter mandati judicium. Nam si nulla sit fidejussori mandati actio, verbi gratia, si donandi animo fidejussor intervenerit; pactum rei fidejussori ad exceptionem minime proderit, *l. & heredi 21. §. ult. junct. l. quod dictum 32. eod. tit.*

De pacto unius e duobus reis promittendi aut stipulandi quæsitum, an non id saltem alteri proffit aut noceat? Et siquidem unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne a se petatur, quin id pactum cæteris quoque proffit, vix ambigitur, propter regulam *d. l. 21. §. ult. l. 23. in fin. & text. in l. 25. ff. d. t. l. 62. ff. ad leg. Falc.*. Nam hic quoque paciscentis interest

terest a socio promittendi reo non peti: quia si solvat, id alteri iudicio societatis reputabitur. Obstat tamen *l. 3. §. 3. ff. de lib. leg.*, ubi *Julianum* respondisse *Ulpianus* refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere; ne dum ab altero petitur, alter inquietetur: quibus verbis non obscure significare videtur, pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Ego vero nego, *Julianum* ideo requirere, ut in casu illic proposito liberatio non pacto, sed per acceptilationem fiat, quia pactum unius e reis promittendi sociis alteri non prodest; sed quia non prodest ipso jure: atque ita adhuc fieri posset, ut dum actio, quæ ipso jure sublata non est, adversus alterum ab herede instituitur, is cui liberatio legata, oblique inquietetur. Hæc est ratio cur Jurisconsultus in dicta specie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur; ut scilicet in omnem eventum legatario prospectum sit. Quid ergo si rei debendi non sint socii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodesse: atque ut ita sentiam, multa me movent. Primum quia hic paciscentis nihil interest a correo suo pecuniam non peti: quippe qui, etsi postea conventus a communi creditore solvat, nullam adversus eum, qui pactus est, actionem habet, ut hic cesset regula *d. l. 21. §. ult. ff. de pact.* Secundo movet me locus *Ulpiani* in *d. l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.*, ubi jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata est, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur, sed non, ut per acceptilationem, ne etiam correo liberatio proficiat. Qui locus apertissime sententiam nostram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri potest, quam quod ibi jurisconsultus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactio autem unius eum dumtaxat, qui pactus est.

Duo tamen huic sententiæ objiciuntur. I. responsum *Pauli* in *l. 25. pr. ff. de pact.* II. rescriptum *Imperatorum Diocletiani & Maximiani* in *l. 2. C. de duob. reis*. In *d. l. 25. pr.* idem, ait *Paulus*, in duobus reis promittendi & duobus argentariis sociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventionem fidejussoris, quam reo non prodesse, nisi fidejussor

fit in rem suam, idem *Paulus* in *l. 23. pr. & l. 24. ff. eod.* respondit? Minime: nam pactum unius e duobus sociis alteri quoque prodesse debet propter iudicium societatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis, ut quemadmodum illud fidejussori quoque prodest, *d. l. 23. in fin.*; sic unius ex argentariis vel reis promittendi sociis pactum alteri quoque proficiat: utroque enim casu paciscentis peculiariter interest, ne pecunia ab altero petatur; rei principalis ne a fidejussore propter mandati iudicium; unius e duobus reis vel argentariis sociis, ne a socio propter iudicium societatis, quo alioqui id paciscenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis sociis, sed etiam de reis promittendi sociis *d. l. 23.* loquitur. Et est verissimum quod *Cujacius* monet, cum sine *d. l. 23.* immediate conjungi debere *d. l. 25.*; utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciscentis principaliter interest: quod & inscriptio & res indicat.

Alterum, quod huic sententiæ obstare plurique putant, est *l. 2. C. de duob. reis*; ubi *Impp.* rescribunt, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, eum posse repetere: quod sic accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidiaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe iudicatum esse testantur *Ant. Fab. Cod. suo for. de duob. reis de fin. 1. Christin. vol. 3. decis. 114. & vol. 4. decis. 178.*.. Iam vero hoc posito, unum e duobus reis debendi solventem posse id, quod partem suam excedit, repetere; ex eo recte colligitur, etiam unius paciscentis, ne a se petatur, interesse ne petatur a correo suo, & consequenter id pactum etiam correo profuturum; ne si forte is solidum solvat, pro parte id ab eo, qui pactus est, repetat. Ego autem non video, quæ in proposita quæstione actio solventi citra cessionem competere possit. Illud utique certum est, solutione unius ipso jure totam perimi obligationem, §. 1. *Inst. de duob. reis l. 2. l. 3. in fin. ff. eod.*, ut nulla jam creditori superfit actio, quæ cedi possit. Nec ulla dari potest ratio, cur uno ex pluribus fidejussoribus solidum solvente, sine pacto aut cessione, nulla detur adversus confidejussores actio, *l. ut*

fidejussor 39. ff. de fidejuss. l. Modestinus 78. ff. de solut. , danda fit uno e reis principalibus solvente adversus correum . Sed nec suo nomine adversus correum actionem habere potest : non actionem mandati , quod nullum intercessit : non actionem negotiorum gestorum , quia non alienum , sed suum negotium , solidum quod debebat solvendo , gessit : non denique actionem communi dividundo aut pro socio , quarum neutra competit citra communionem , l. 1. l. 2. ff. comm. divid. , accurate *Ant. Fab. l. 11. conject. 6. & seq. contra Car. Molinæum ad d. l. Modestinus de solut. .* Quid ergo respondebimus ad d. l. 2. C. de duob. reis ? Putamus eam commode accipi posse de duobus reis , qui in rem communem pecuniam mutuo acceperunt ; dicitur enim expresse in textu pecunia communiter mutuo accepta : ut hoc casu uno solidum solvente , aut actio pro socio , si socii fuerint , aut communi dividundo , adversus alterum competat , arg. l. 2. pr. ff. comm. divid. junct. l. ut sit 31. ff. pro soc. add. *Perez ad tit. C. de duob. reis n. 10. & seq. Gomez. 2. var. resol. 12. in fin. .* Plane si nominatim persona correi quoque pacto comprehensa fuerit , proderit ei pactum ad exceptionem doli , per l. 25. §. ult. & l. seq. ff. de pact.

Jam videndum ex contrario , an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi correo noceat , puta si pactus fit se non petiturum . Et hic iterum distinguendum videtur inter socios credendi reos , & simplices . Si sint socii , puto pactum unius alteri ita non nocere , ut neque profit : nam pro ea saltem parte obstabit correo petenti exceptio , quam ille , toto soluto , socio restituere teneretur judicio societatis . Quam autem partem ipse consequitur , eam non tenetur communicare socio , quippe cujus pactione effectum , ne integrum consequi potuerit . Ut autem summi juris ratio efficere videatur , ut nullo modo unius pactum alteri noceat , propter conditionem obligationis duorum reorum , in quorum singulorum persona tota obligatio consistit : æquitatis tamen ratio facit , ut in proposito saltem pro parte agentis obstet exceptio ; pro ea inquam parte , quam alioqui acceptam teneretur restituere socio .

Ceterum *Ant. Fab. l. 11. conject. 18. & in rational. ad l. 27.*

ff. de

ff. de pact., rejecta hac distinctione, contendit pactum unius e reis credendi sociis alteri nocere in totum. Utitur argumento *l. si duo 34. ff. de rec. arbitr.*, ex quo loco sic ratiocinatur: Si compromissum unius ex correis sociis nocet in totum alteri, ita ut si is, qui compromisit, vetitus sit petere, neque alter petere possit; ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromissum nocet &c. per *d. l. si duo*. Respondeo: falsum est assumptum, idque vel ex eodem loco demonstrari potest. Non enim quaeritur illic, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente illo stipulatio pœnalis interposita a socio, qui compromisit, committatur? quod non obscure affirmat Jurisconsultus. Unde contrarium potius colligitur, nempe compromissum socio, qui non compromisit, non obesse; ut ut eo quoque petente stipulatio pœnalis committatur, adversus eum scilicet, qui compromisit. Quod si correi credendi socii non sint, conventio unius alteri non nocebit omnino; nunquam enim talia pacta vim suam exerunt extra personas paciscentium, *l. si unus 27. §. 4. vers. ante omnia ff. de pact.*; & eo pertinet ejusdem *l. 27. pr. vers. ult.*. Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit, *l. 2. ff. de duob. reis*; aut novandi animo alium reum acceperit, *l. si rem 31. §. 1. ff. de novat.*; aut jusjurandum detulerit, *l. in duobus 28. ff. de jurejur.*: quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque diserte traditum in *l. jusjurandum 27. ff. eod. tit.*

C A P. VII.

Si unius debiti plura sint apud creditorem chirographa, an unius redditione censeatur obligatio remissa?

SI creditor debitori suo chirographum reddiderit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & debitum remisisse, *l. 2. §. 1. ff. de pact.*, fac. *l. 3. §. 1. ff. de lib. leg. l. qui chirographum 59. ff. de legat. 3.* Quæ res dubitationem non habet, si creditori dumtaxat una cautio exposita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejusdem debiti plures cautiones sive instrumenta creditori tradita, & unum ex his tantum de-

debitori redditum, an hujus unius redditione, similiter obligatio tacite remissa censerī debeat, quæsitum est. Affirmant *Bart. Bald. Castr. Jas. in d. l. 2. de pact.*, quorum sententiam ex professo tuetur *Bachovius ad tit. ff. de pact. c. de sec. div. pact. nu. 7.* Negant *Duar. Fort. Garf. Paul. Bus. in d. l. 2.*, excepto si id actum esse appareat; veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint aut legatæ debitori. Movetur *Bartolus*, eumque secuti, hac ratione, quia unum tantum instrumentum est, quamvis pluribus tabulis conscriptum, per *l. unum 24. ff. qui test. fac.*; & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur, arg. *d. l. 2. §. 1. de pact. l. qui chirographum 59. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* *Bachovius* autem pro defensione sententiæ *Bartoli* etiam quinque alia argumenta affert; quorum primū sumtum est ex *l. veterib. de pact.*, quo loco cum *Papinianus* dicat, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguum ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, ex eo infert *Bachovius*, creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, & contra eum esse juris præsumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum *Bachovii* argumentum est, quod præferenda sit sententia humanior: eam autem esse, quæ favet liberationi, *l. Arrianus 47. ff. de oblig. & act.* Tertium, quia generalis est definitio tradita in *d. l. 2. §. 1. de pact.*, nempe redditione chirographi hoc actum tacite intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari potest, quam debiti remissio. Postremum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur. Ceterum hæc sententia aliis, ut dixi, displicet, & merito, meo quidem iudicio: quippe qua admissa magna occasio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos. Nam debitori in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat; ut si quando ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Quapropter lubens subscribo sententiæ eorum, qui censent unius chirographi redditione

non

non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse a debitore probetur: quod si id docere non possit, non ipsi, sed creditori jusjurandum deferendum esse, nempe ut juret chirographum a se redditum non esse animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus *textus* in *l. ult. ff. de his, quæ in test. del.*

Supereft, ut respondeamus argumentis contrariæ sententiæ auctorum. Et quidem illud *Bartoli*, unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum, verum igitur est instrumentum redditum esse, est ex eorum genere, quæ *Aristoteli* in *poster. analyt.* dicuntur ἀντισπέφοντα, id est, tale, ut pro creditore retorqueri possit in debitorem. Nam ut *Bartolus* sic argumentatur pro debitore, unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum, ergo verum est redditum esse: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri potest: unum est instrumentum; atqui hoc a creditore retentum: igitur non est redditum. Quamquam nec illud simpliciter verum est, quod ait *Bartolus*, unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus aut una obligatio: at plures tamen hic esse cautiones siue plura instrumenta recte dicitur, *l. unum 24. ff. qui test. fac. l. ult. ff. quæ in test. del.* Ad *l. veteribus 39. ff. de pact.*, unde primum *Bachovii* argumentum petitum est, respondeo, non temere quod *Papinianus* eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obscuri tradit, trahendum esse ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur, præsertim ad hoc ut donatio intervenisse præsumatur, & eo quidem etiam casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vulgo dici solet, vel frivolam causam excludere donationis præsumtionem, eo quod nemo facile suum jactare velle aut effundere præsumatur, *l. cum de indebito 25. pr. ff. de prob. & ibi DD. Cyn. Bald. & DD. in l. 3. C. de non num. pecun.* Ad secundum *Bach.* argumentum eadem dari responsio potest, nempe non usque adeo indulgendum esse liberationi, maxime ubi de præcedente obligatione constat, ut quis sine causa suum perdere voluisse existimandus sit: donare enim perdere est, *d. l. 25. de prob. l. 7. pr. ff. de donat.* Ad tertium, definitionem

nem *l. 2. §. 1. ff. de pact.* restringendam esse ad casum, quo una dumtaxat cautio, ut plerumque fieri solet, exposita & eadem reddita est. Illud enim perraro evenit, ut debitor duo ejusdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali casu cogitasse Jurisconsultum credibile est, *arg. l. 3. & ll. seqq. ff. de legib.* Ad quartum quoque non difficilis responsio est, nempe cum creditor unum tantum e duobus ejusdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem sibi propositum habere potuerit, qui potius præsumendus sit: nimirum ideo id creditorem fecisse, quia ex altero, quod retinuit, debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Quod si animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæso, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, ajunt nostri, non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. pr. ff. de reb. cred.* Potest & hic finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitiose adversus debitorem velle machinari. Postremum *Bachovii* argumentum petitum ex *l. 59. de legat. 3.* responsionem non meretur. Nos enim de eo casu disputamus, ubi e duobus chirographis unum redditur simpliciter, nec creditor id se donare profitetur. Legare autem donare est, *§. 1. Inst. de legat. l. legatum 36. ff. eod. 2.* Nullum vero dubium est, quin sicut donata, ita & legata cautione seu chirographo, & vel una, licet plures creditori expositæ, nomen ipsum sive debitum donatum legatumque intelligatur, *d. l. 59. de legat. 3. l. servum 44. §. eum qui 5. eod. 1. l. 3. §. 1. ff. de lib. legat. cum similib.*

C A P. VIII.

An de controversiis ex testamento ortis recte transigatur, non inspectis testamenti verbis? & quid hic statuendum de pactione gratuita?

IN *l. sub prætextu 19. C. de transact.* traditur hæc regula. Sub prætextu instrumenti postea reperti transactio bo-

na fide facta non rescinditur. Quæ regula officium suum perdit ex communi Interpretum nostrorum sententia, & meo iudicio vera, si transactio facta sit super controversia ex testamento profecta, non inspectis cognitisque testamenti verbis, atque ex testamento postea prolato appareat læsum esse transigentem; & habemus in hanc sententiam textum expressum in *l. 6. ff. de transact.*, ubi hæc verba Gaji leguntur: *De his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*; cui geminus alter locus ejusdem Gaji in *l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* Cujacius tamen ad *l. 1. ff. de transact.* & Æmilius Ferretus putant, hanc sententiam falsam esse, & natam ex cõmuni errore. Moventur hisce fere rationibus: Primum quia nulla sufficiens ratio dari potest, cur transactio, quæ inter transigentes non minorem vim habet, quam res judicata, *l. non minorem 20. C. de transact.*, facta super controversiis ex testamento ortis, sub prætextu testamenti postea reperti rescindi debeat contra definitionem generalem *l. sub prætextu 19. C. d. tit.* & similes textus *l. 10. l. 16. l. nec intentio 23. C. eod. l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. indeb.*. Sed hoc Cujacio & Æmilio visum, dum suo indulgent ingenio: nam satis sufficiens vulgo redditur, eoque duplex hujus juris singularis ratio; una, ne qui testamenta supprimunt, aut consulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant; dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum, & modicum forte præsens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum, per *l. 8. pr. ff. de transact.* Altera, quod alias per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publice expedire creditur, *l. 5. ff. test. quemad. aper. Bart. & DD. in d. l. 6. Sande lib. 4. tit. 5. defin. 15.* Quæ profecto ratio minime inepta est, quamvis id Cujacio videatur: nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in Senatu recitata effecit, ut ne super alimentis testamento relicti transigi possit sine Prætore, *d. l. 8. pr. ff. de transact.*

Deinde putat Cujacius, *d. l. 6. ff. de transact.* aut peregrinam esse, aut a proposito alienam: quippe apud Gajum

in *d.l.1. §.1. test. quemad. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod, inquit, cum *Tribonianus* non animadverteret, partem illius responsi in titulum de transactionibus coniecit, nempe illam ipsam *l.6.*; cujus tamen sententia falsa sit, si verbum illud referas ad conventa seu composita. Ego vero hic desidero judicium *Cujacii*, & verba hæc, *neque sine iudice transigi*, quæ sunt *Gaji* in *d.l.1. §.1. ff. test. quemad. aper.*, non ad judicata aut sententias judicum, sed ad conventiones referenda esse contendo: idque vel ex eo solo evincitur, quod alioqui verba illa in absurdam & stultam abeunt sententiam. Quis enim ita loqueretur, *sine iudice judicari non potest?* aut quis unquam de eo dubitavit? *Gaji* sententia minime obscura est, neque partes transigers posse de iis, quæ testamento relicta sunt, sine iudice, apud quem scilicet tabulæ aperiri solent, neque aliter iudicem judicare, quam inspectis cognitisque verbis testamenti: non quod ipsa transactio auctoritatem desideret iudicis, sed tabularum apertura & publicatio; ut cognita voluntate defuncti, si quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter transigere possit, *d.l.1. pr. l.4. l.5. quemad. test. aper. l. testamenta 18. C. de testam. Vesemb. parat. d. tit. Costal. in l.6. ff. de transact. Borcholt. cap.3. de transact. num. 14.*; qui & merito notant *Accursium*, *Bart.*, *Bald.*, quod plus hic tribuant sententiæ iudicis, quam privatorum transactioni: quasi iudici liceret etiam sine inspectione tabularum sententiam ferre, privatis non liceret transigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere *Cujacius* solet, verba *Gaji* sic reddiderunt: *ἄξιον τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεκίαν ἔχόντων ἔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, ἔτε τί ἀληθὲς ζητῆσθαι, μὴ προκομιζομένων ταῖς τῆς διαθήκης ῥημάτων.* Porro tria adhuc communi sententiæ objiciuntur. Primum responsum *Scævola* in *l. Lucius 78. §. ult. ff. ad. SC. Trebell.*, ubi casus proponitur, quo post transactionem interpositam reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat *Scævola*, si transactio inter-
venerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Respondeo

in casu, quem illic proponit & decidit *Scævola*, credendum omnino esse & præsupponendum, omnia legitime fuisse acta, testamentum inspectum fuisse, atque ex verbis testamenti satis constituisse de fideicommissio: neque postea aliud voluntatis ultimæ instrumentum, puta codicillos, quibus fideicommissario plus quam testamento relictum erat; sed alia, quæ plus in bonis defuncti fuisse ostenderent, reperta. Nam codicillis postea repertis & prolatis, non obstante transactione, integra maneret fideicommissi petitio, *l. 3. §. 1. ff. de transact.*; cum iniquum sit pactione periri id, de quo cogitatum non est, *l. qui cum 9. in fin. ff. eod. tit.*

Objicitur secundo *l. non est ferendus 12. ff. eod.* Respondeo: satis apparet ex verbis hujus loci, factam fuisse transigenti in specie illic proposita testamenti inspiciendi copiam, atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitanter, quod suæ negligentia imputare debet. Plana est Jurisconsulti sententia, nempe non esse audiendum eum, qui facta inspiciendi copia, postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit.

Postremo ex *Joanne* objicit *Accursius*, quod transactio sit rei dubiæ & incertiæ; at post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam, sed certam. At quam jejuna hæc objectio! quasi vero adhuc quæri non possit de mente & sententia testatoris, de viribus testamenti, utrum Falcidia locus, &c. Illud obiter monco, non eo minus ratam esse debere transactionem, quod adjecta non sit clausula, *vis cognitisque verbis testamenti*; dummodo doceatur, transigentes gnaros fuisse eorum, quæ testamento cauta, licet tunc, cum interponebatur transactio, forte lectum non sit, *Bart. in d. l. 6. Ant. Fab. Cod. suo for. b. tit. d. fin. 1. Sande lib. 4. tit. 5. d. fin. 15.*

Reliquum est, ut jam examinemus quæstionis propositæ partem alteram, nempe quid hic statuendum de pactione gratuita. Nam cum *Gajus* citatis locis *l. 6. ff. de transact. & l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, quæsitum est, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus, non inspectis

spectis tabulis, pacisci, litemque gratis remittere? *Accursius*,
 cujus sententiam secuti sunt *Bartol. Bald. & Angel. in d. l. 6.*,
 putat non magis licere, verbis testamenti non inspectis, de
 hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo
 transigere. Contra vero *Albericus de Rosate, Guilielmus de*
Cumo, Castr. & Jas. pacisci de his gratis licere, quamvis trans-
 igere non liceat: quorum sententiæ & nos ultro subscribi-
 mus. *Accursius* eumque secuti argumentum ducunt a parita-
 te rationis, & pro vero falsum supponunt: eandem scilicet
 hic esse transactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim
 & evidens hic inter pactum & transactionem differentia est:
 quippe qui transigit, decipi potest, accepto forte minimo
 pro bona summa, cum utique habere velit, quod sibi testa-
 mento relictum est; at is, qui ultro totum remittit, non deci-
 pitur, cum nihil habere cupiat; & potest unusquisque jus si-
 bi delatum repudiare.

Pro contrariæ sententiæ firmamento adducit *Bartolus*
l. 3. l. 9. §. ult. ff. de transact. l. tres fratres 35. ff. de pact., qui-
 bus locis pactum & transactio æquiparantur & pari passu
 ambulant. Sed quæ hæc argumentatio est? In casibus dd. locis
 propositis eadem pacti & transactionis est ratio, ergo & in
 casu proposito. Docent nos Logici, non continuo quæ in
 uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo,
 ubi dispar ratio. Neque nos dicimus, transactionem gratuitam
 valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse
 in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Quid quod
 omnibus istis locis aperte agitur de pacto decidendi causa
 interposito, quod nihil aliud est, quam transactio.

Affertur postremo pro eadem sententia, quod apud
Paulum lib. 1. sent. tit. 1. legitur; *de his rebus pacisci nos*
posse, de quibus transigere licet. Respondeo: ex eo ne-
 quaquam sequitur, de quibus rebus transigere non licet.
 nec licere pacisci: pactio enim aliquando valida, ubi trans-
 actio non tenet; verbi gratia, de re judicata, aut jurcjuran-
 do decisa; aliave certa & liquida transactio interposita inu-
 tilis est; pactio donationis causa non item. Quamobrem,
 cum textus illi supra sæpe citati *l. 6. ff. de transact. l. 2. §. 1.*

ff. test. quemadm. aper. transactionem duntaxat in proposito prohibeant, eaque prohibitio aliquid singulare & transactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temere extendere.

C A P. I X.

An vulgaris distinctio Procuratoris universorum bonorum, in simplicem & cum libera, ex ratione juris nostri defendi possit?

Q Uæri solet an mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum bonorum administratio permessa est, possit rem quamcunque ad administrationem suam pertinentem pro arbitrio suo alienare, in aliumve transferre? Doctores nostri duo genera hujusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio a domino commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto; & contendunt procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio, quamvis omnium bonorum, mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxia. Verum mihi hæc distinctio suspecta semper visa est. Etenim cum ex mandato æstimandum sit, quid cuique in re aliena liceat, parem esse debere utriusque procuratoris potestatem omnino dicendum videtur; & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo *libera*? Non magis hæc differunt, quam heres simpliciter institutus, & institutus adjecto *ex asse*. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset; excepto si quid generali cujusmodicunque mandato non continetur: qualia sunt, donatio *l. 7. ff. de donat.*: manumissio, *l. 13. ff. de*

manumif. : rei dominicæ pro alio obligatio , *l.1. §.1. ff. quæ res pign.obl.non poss.* : liberatio pignoris aut hypothecæ , *l.7. §.1. ff. quib.mod.pign.solv.* : item quævis alia juris dominici remissio , *l.mandato 60. ff.de procur.l.præses 12.C.de transact.* : alienatio quoque rerum domini , quam non exigit ratio administrationis , *l.procurator totorum 63. ff.de procur.junct.l.12. & l.ult. ff.de cur.furios.l.procuratorem 16. C.de procur.l.1. §.1. ff.de off.proc.Cæs.* . Hinc est , quod ei , cui , licet simpliciter , rerum omnium gerendarum provincia mandata est , rem domini in judicium deducit , *l.12. ff.de pact.* , quod iis tantum licet , qui domini loco habentur , *l.tutor 22. & 27. ff.de adm. nist.tut.* ; potest exigere & accipere , *l.11. ff.de pact. l. qui hominem 34. §.3. ff.de solut.* : creditoribus solvere , *l.quodlibet 87. ff.de solut.l.59. ff.de procur.* : novare , *d.l.22. ff.de adm.tut.l.novare 20. §.1. ff.de novat.* : transfigere , jusjurandū deferre , *d.l.præses C.de transact.d.l.12. ff.de pact.l.jusjurandum 17. §.ult. ff.de jurejur.* ; modo id faciat in causa domini , plane dubia atque incerta , & defectu probationum , *arg.l.tutor.35.pr. ff.de jurejur.* ; neque enim hoc sic accipi debet , ut transfigere aut jusjurandum deferre possit , etiamsi paratas habeat probationes , quibus id , quod intendit , haud difficulter queat ostendere , *l.mandato 60. ff.de proc.d.l.præses C.de transact.* . Potest & rem domini pignori dare , utique si mandatum accepit ab eo , qui sub pignoribus solebat mutuam pecuniam accipere , *l.12. ff.de pign. act.* . Potest denique & vendere , quæ servando servari non possunt , *l.procurator 63. ff.de procur.* ; & quatenus negotiorum exigit administratio , etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare , *arg.d.l.12. & l.ult. ff.de cur.fur.* . Jam ego quæro , an plus in re domini licere debeat ei , cui libera administratio permessa est ? Non puto , utut enim liberissima , administratio tamen est , nihil amplius .

At , inquiunt , procurator , cui generaliter libera administratio rerum commissa est , potest aliud pro alio permutare , *l.procurator 58. ff.de procur.* . Fateor inquam : sed hoc verum est & in eo , cui simpliciter bonorum omnium administratio commissa : in utroque autem hoc sic accipiendum , si conditio & ratio administrationis id flagitet . Atque eodem modo

temperandum & explicandum, quod apud *Gajum* l.9. §.4. ff. de acq. rer. dom., & apud *Justinianum* §.nihil autem 42. Inst. de rer. divis. relatum est, eum, cui libera universorum negotiorum administratio permessa est, rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur, quæ alioqui aut non concessa, aut non tam plene concessa intelliguntur. Cujusmodi mandati exemplum & formulam habemus apud *Scævolum* in l. creditor 60. §.Lucius 4. ff. mand.. Instant porro hoc modo: si filiusfamilias & servus, liberam peculii administrationem habentes, res peculiares distrahere & alienare possunt, sine speciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini administratio concessa est, poterit eas res sine speciali domini mandato similiter alienare. At verum est antecedens, l. si convenerit 18. §.ult. & l. seq. ff. de pign. act. l. si quis 41. §.1. ff. de rei vind. l. contra 28. §.ult. ff. de pact. l. 8. §.5. ff. quib. mod. pign. solv. l. 10. C. quod cum eo, qui in al. pot.. Ratio autem connexi per se satis videtur manifesta: de connexionione mox videbimus. Concedimus interim antecedens; sed hoc dicimus, nihil interesse utrum servo aut filio peculii administratio permessa sit, adjecto, an omisso verbo *libera*: nam & liberam permissam intelligi, cum simpliciter permessa est: nec uno casu plus juris contineri, servo aut filiofam. tribui, quam altero. Hujus rei certissimum argumentum est, quod eadem omnia, quæ superioribus locis conceduntur, liberam peculii administrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis; quibus simpliciter peculii administratio commissa, l. 13. in fin. pr. ff. de cond. ind. l. pen. §.3. ff. de divers. & temp. præscr. l. 48. §.1. ff. de pec. l. ult. ff. de novat.. Alterutrum igitur dicendum est, aut procuratores omnium bonorum, sive simpliciter sive cum libera constitutos, similiter posse res domini quaslibet alienare & distrahere, ut servi aut filii, qui ex permisso domini aut patris peculii administrationem habent, distrahere & alienare possunt res peculiares: aut falsam esse propositionis in superiore syllogismo connexionem; eo quod plus in hoc casu liceat servis & filiis-

familias,

familias, quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipsi quidem Interpretes admittunt, nisi in procuratore constituto cum libera: alterum ergo dicamus necesse est, argumentationem a servis & filiis peculii administrationem habentibus non procedere ad bonorum nostrorum procuratores. Nec ratio diversi juris adeo obscura est: idcirco enim servis & filiis familias, peculii libera administratione concessa, rerum quoque peculiarium distrahendarum facultas concessa intelligitur; quia peculium est quasi proprium quoddam patrimonium ipsius servi filive familias, a substantia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum, *l. 5. §. 3. & §. 4. l. peculiam 39. ff. de pecul.:* quod in procuratore diversum esse manifestum est. Adde quod una eademque servi & domini, una patris & filii persona esse videtur, *§. 4. in fin. Inst. de iur. stipul. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst..* Plane non magis servi aut filii familias, quantumvis liberam peculii administrationem habentes, injussu patris aut domini donare possunt, quam rerum nostrarum liberi administratores, *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. oblig. l. 7. pr. ff. de donat. cum simil..* Hæc eadem & *Dzarenii ad l. 1. §. per procuratorem 20. ff. de acq. poss. Donelli lib. 4. comm. c. 15. Vaudi lib. 1. variar. qu. 47.* sententia est.

C A P. X.

An recte Interpretes statuunt, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire iudicium, rescindens & rescissorium?

Restitutio in integrum est causæ jure amissæ redintegratio. Ita definitur ab *Impp.* in *l. 2. C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est.* Ajunt, causæ amissæ; nam ubi causa amissa non est, restitutione non est opus, *l. in causæ 16. pr. ff. de minor. l. 3. C. de in int. r. st. min.*

Ajunt, redintegratio; quoniam, impetrata restitutione in integrum, omnia in pristinum statum reducuntur tam ex parte adversarii, quam ex parte restituti: omnis enim resti-

tutio est reciproca, *l. quod si minor 24. §. 4. ff. de minor. l. 1. & l. 2. C. si adv. transact. . Paulus lib. 1. sent. tit. 7.* definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipsa restitutio in integrum proprie actio non est, sed res, quæ petitur & postulatur a magistratu.

Dicitur tamen actio figurate, ut ex contento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam stipulationes prætoricæ actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis 37. ff. de oblig. & act. .* Hæc habeto *ὡς ἐν προδεωρία*. Occurrit autem in hoc argumento geminus Interpretum error, tum quod restitutionem in integrum pro iudicio & auxilio habent extraordinario; tum quod duplex hic intercessisse iudicium, rescindens & rescissorium, imaginantur. Uterque error natus est ex veteris juris ignorantia. Prior statim apparebit, atque cognoverimus quid sit iudicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus sive iudicium est, quod per actiones & interdictiones, per iudices datos, sine prætorica cognitione civiliter exercetur, ut discere possumus ex *l. 1. §. 2. ff. si ventr. nom. mul. in poss. l. ult. ff. de privat. del. l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui poss. l. 178. §. 2. ff. de verb. sign. &c. Suetonius in Claud. cap. 15. Alium, inquit, interpellatum ab adversariis de propria lite, negantemque cognitionis rem, sed juris ordinarii esse, agere causam confestim apud se coegit. Extraordinarium est, quod præter consuetum iudiciorum morem & ordinem exercetur, Prætor ipso ex officio cognoscente, non iudicem dante. Cujus generis sunt, cognitio de honorariis professorum liberalium artium, medicorum, advocatorum, &c., *tit. de extraord. cog. li. 7. ff. l. 1. C. mandat. : item de fideicommissis l. 178. §. 2. de verb. sign. : de transactione alimentorum l. 8. §. 18. de transact., & si quæ sunt causæ similes. Hæc autem causæ cum essent extraordinariæ, & ab ipso Prætoris disceptarentur, solebat Prætor in edicto, pro illo usitato & tralatitio verbo, *iudicium dabo*, aliud usurpare, videlicet, *animadvertam*, *l. 1. §. 1. ff. de minor. l. 15. §. ait Prætor 25. ff. de injur. .* Itaque nec harum causarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ, *l. 24. §. ult. ff. de minor. Hotom. lib. 7.***

obs. 4. Duar. in lib. 7. §. 2. de pact. Brisson. lib. 5. & 13. de verb. signific.. Nunc videamus an causas restitutionis in integrum Prætor suæ jurisdictioni & cognitioni extra ordinem reservavit, an more judiciorum ordinario atque usitato judicem in his actionemque dederit? Non ipsum Prætozem hic judicasse, sed judicium dedisse, arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, demto uno de minoribus, *l. item si 14. §. 1. ff. quod met. caus. l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. l. 2. §. 1. ff. de cap. min. l. 1. ff. de alien. jud. mut. caus. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. major.*; ubi Prætor læsis restitutionem pollicetur, data actione rescissoria: Hinc jam perspicue apparet, judicia hæc non esse extraordinaria, sed ordinaria: eosque perspicue errare, qui aut hæc sola, aut, quod minus ferendum, cetera quoque beneficia prætoris extraordinaria esse remedia existimant, quos vel solæ refellunt bonorum possessiones: ut omittam actiones prætorias Publicianam, Paulianam, Servianam, de constituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effusis, & innumeras alias. Excipitur sola restitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læsis succurritur, quam Prætor suæ jurisdictioni reservavit: & ideo in hac causa non ait se actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario & consueto; sed uti quæque res erit, animadverturum, *l. 1. §. 1. ff. de minorib..* Unde Paulus in *l. quod si minor 24. §. ult. eod.,* ex hoc edicto, inquit, *nulla proprie actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione.* Ceteræ vero dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonstravimus. Plane si quis restitutiones consideret, quatenus in subsidium & fere non nisi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc sensu remedia extraordinaria recte dicantur, nemo inficias ibit, *l. in causæ 16. pr. ff. de minorib.*

Alter error Interpretum est, quod duplex hic intervenisse judicium imaginantur, rescindens & rescissorium, duplicem libellum, duplicem litis contestationem, & sententiam. Cui errori causam dedit edictum *ex quibus caus. major.* & textus in *l. qui proprio 46. §. item queritur ff. de procur.* Restituuntur majores variis ex causis, & inter alias, si co-

rum ex necessaria aut justa causa absentium res usucapta sit, *l. 1. ff. ex quib. caus. major. §. rursus 5. Inst. de actionib.* Hoc autem casu ait *Justinianus* permitti domino reverso, rescissa usucapione, rem petere. Cui simile, quod ait *Paulus l. in honorariis 35. ff. de oblig. & actio.*, ei, cujus absentis res usucapta est, rescissa usucapione, actionem dari. Quæ scilicet est illa actio in rem prætoriam, quam nostri passim rescissoriam vocant, *l. nec non 28. §. ult. ex quib. caus. major. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind.*; nonnunquam & restitutoriam, *l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio 46. §. 2. ff. de proc.* Ceterum loca ista nequaquam sic intelligenda sunt, quasi duplici iudicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedit, quo Prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui: sed ideo dicitur, rescissa usucapione, hæc actio dari, quia Prætor, eam concedendo, vi ipsa simul usucapionem rescindit; dum permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi a possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. sed & si 26. §. si feria, l. nec non 28. §. pen. ff. ex quib. caus. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vind.*; ex quibus locis perspicue patet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, Prætoresque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit, *fac. l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* Hoc ipsum & *Ludovicus Gomefius* odoratus est in *d. §. rursus ex diverso Inst. de action.*; sed explicare non potuit, aut solide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic antecessisse, quo quod gestum est, rescinderetur, sed rescissionem & restitutionem in ipsa datione actionis consistere, Prætoresque dici restituere, actionem rescissoriam dando, argumento est, quod apud *Justinianum* legimus in *§. 3. Inst. de action.*, formula actionis rescissoriæ petitores intendere, possessorem usu non cepisse, quod usucepit: quæ utique formula non convenit actioni pristinae per rescissionem restitutæ; neque enim, remota iudicio rescindente usucapione, huic formulæ & intentioni locus esse potest. At enim, inquit, *Impp.* in *l. ult. C. quib. ex caus. major.* ajunt, actionem rescissoriam, quam utilem ibi vocant, dari restitu-

tis in integrum . Respondeo , hoc ipsum confirmare , quod nos dicimus, nempe in concessione actionis rescissoriæ ipsam restitutionem esse positam: atque Interpretes abuti textibus juris , qui rescissa usucapione utilem ajuunt reddi actionem . Quippe quo nihil aliud significetur,quam quod cum Prætor causa cognita actionem concedit, perinde habeatur inspecto exitu, ac si usucapio rescissa esset: eaque verba respicere effectum formulæ , qua possessorem non usucepisse intenditur .

Sed quid respondemus ad *l. qui proprio 46. §. 3. ff. de procur.* , ubi sic *Gajus lib. 3.* ad edictum provinciale : *Item quaeritur, si iudicium acceperat defensor, & actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium iudicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur esse alicujus momenti;nam ex eo loco recte colligi videtur, esse aliquod iudicium restituens sive rescindens, quod præcedat restitutorium sive rescissorium. Sed non est tanti ponderis, ut plerique existimant. Agitur illis de defensore, qui eandem vicem subire cogitur, quam ipse reus, *l. minor 51. §. 1. ff. de procur.* . Ponamus itaque casum, quo contra minorem rem aliquam petentem, sive actione in rem sive in personam, pro defensore alienæ litis sententia lata est, & minorem beneficio ætatis in integrum restitutum, data actione restitutoria. Hic defensor cogendus est etiam iudicium restitutorium sive actionem rescissoriam accipere, quam etiam in se, hoc ipso quod alienæ litis defensionem se obtulit, suscepisse intelligitur. Ubi autem hic duplex iudicium, restituens & restitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manasse ex ignorantia ordinis iudiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis iudicii, dum quædam apud Prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud Iudices datos: ceterum revera unum tantum erat iudicium, ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud Prætorem non instituebatur iudicium, sed constituebatur a Præatore, data actione & Iudice, qui de re cognosceret. Unde nec illa, quæ apud Prætorem fiebant, in iudicio, sed in iure fieri passim dicuntur. Restringitur autem vul-

go necessitas duplicis iudicii rescindentis & rescissorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter absentiam, læsis subvenitur, *Mynsing. 2. obs. 25. Oldendorp. class. 6. act. 8.* Nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus causa, ex edicto de alienatione iudicii mutandi causa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, simplicitas & unitas iudicii nimis evidens & conspicua est.

C A P. XI.

Quale sit beneficium restitutionis in integrum, reale an personale: & an fidejussoribus quoque proficit?

Quidam putant, restitutionem in integrum esse beneficium reale, moti hisce fere rationibus. I. Quia non tantum læsis ipsis, sed etiam heredibus eorum datur, *l. non solum 6. ff. de in int. restit. l. 3. §. Pomponius 9. l. minor 18. §. ult. ff. de minor.* II. Quia & ad successorem singularem transire potest, videlicet ex facto & voluntate minoris, si minor alicui hoc auxilium cesserit, *l. quod si minor 24. pr. ff. d. tit. l. alterius 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. distr.:* nempe non ceditur officium iudicis, sed jus implorandi officium iudicis, quod actionis instar habet, *l. actionis 37. ff. de obl. & act. vid. Mynsing. 4. obs. 18. & seq.*

Sed magis est, ut hoc beneficium pro personali habendum sit: neque enim rei aut causæ beneficium dici potest, quod variis ex causis personis læsis, lapsis aut circumventis, conceditur. Et cum quæritur, an beneficium aliquod vel actio in rem sit, id non tam ex eo, cui, quam adversus quem detur, æstimandum est, *l. actionem 25. ff. de obl. & act.* Non obstant loci in contrarium adducti: nam si omnia, quæ heredibus competunt, essent realia, nullæ fere essent actiones personales, quippe quæ omnes heredibus quoque competunt, tametsi pœnales sint ex maleficio, excepta una injuriarum, & si qua alia similis inveniat, *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio; cedi potest restitutionis auxilium, ergo est beneficium reale: nam omnes actiones in personam cedi possunt. Fatemur, privilegia personalia,

sonalia, seu quæ certis personis tribuuntur, non transire in heredem, sed cum personis, quibus tributa sunt, finire, *l. privilegia* 196. ff. de reg. jur.; at restitutio in integrum non competit jure privilegii in specie sic dicti, aut tanquam jus aliquod singulare, sed magis tanquam remedium juris communis, & quod instar est actionis ordinariæ: non enim ex mera tribuitur gratia, sed ipsa quoque justitia & æquitate dictante, quam ob causam etiam favorabile censetur, *Sfort. Odd. p. 1. qu. 1. art. 14. & qu. 50. art. 1. de rest. in integr.*; licet suo sensu verum, quod detur contra jus civile, *l. 35. in fin. pr. ff. de obl. & act.*. Porro beneficium restitutionis in integrum non esse reale ex eo quoque liquet, quod non prodest consorti: ut ecce, duo fratres consortes, unus major 25. annis, alter minor, de hereditate paterna cum tertio aliquo transfegerunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læso succurretur, & proderit minori restitutio, ceterum pro parte duntaxat sua, quatenus scilicet ipsius interest: fratri autem majori non proderit, *l. un. C. si in comm. ca. in int. rest. postul.*. Quod si restitutio minoris, ut interdum fit, socio quoque profit, id propriam rationem habet, veluti si agatur de re natura sua individua, puta servitute communi fundo debita: hic enim non nisi in solidum restitutioni locus esse potest; nec minor commodum restitutionis sentire, nisi consorti quoque suo profit, *l. si communem* 10. ff. quemad. servit. amitt.: aut si fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito, & minore in integrum restituto, emptoris intersit contractum in totum rescindi propter incommoda communionis, *l. tutor* 47. §. 1. ff. de minor.. Ceterum in tota hac quæstione distinguendum videtur inter causas restitutionis: siquidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi causa facta, restitutoria ex edicto de capite minutis, mere sunt personales: actio quod metus causa origine sua & ipsa personalis, ut tamen in rem scripta sit: actio rescissoria ex capite de majoribus fere in rem est: restitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adversus tertium possessorem actio porrigatur, quod speciale est, *l. in causæ* 13. §. 1. ff. de minor.

Altera illa quæstio, an beneficium restitutionis fidejussoribus quoque profit, in causa minorum præcipue agitatur: nam exceptionem doli mali & metus etiam fidejussoribus competere certi atq; explorati juris est, *l.7. §.1. ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium profit etiam minorum fidejussoribus. Non prodesse responsum est, *l. in causæ 13. pr. ff. de minor. l.7. in fin. ff. de except. l.1. l.2. C. de fidejuss. min.: ex adverso prodesse, l. minor 51. ff. de procur. l. si pupillus 89. ff. de acq. her. l.2. §.1. ff. de administr. tut. l.3. §.4. vers. sed an hoc auxilium ff. de minor.* Hæc loca in speciem contraria varie conciliantur, & quidem fere trifariam.

Plerisque cum *Accursio* in *d. l. minor* placet hæc distinctio. Aut creditor, qui cum minore contraxit, non potest aliter indemnus esse, nisi saltem adversus fidejussorem ei actio detur: aut potest. Priore casu censent, restitutionem fidejussori non prodesse, sed efficaciter posse cum eo agi. Quia creditor, ob hunc ipsum metum restitutionis & remedii prætorii, fidejussorem a minore accepit, *d. l. 13. pr. de minor.*; nec tamen fidejussorem adversus minorem habere regressum; quoniam & contra ipsum fidejussorem, ne mandati actione experiatur, restituitur, *d. l. 13. l.7. in fin. ff. de except. l.1. C. de fidejuss. min.*. Plane si dolo minoris deceptus fidejussor eum majorem putavit, mandati actio efficax est, quia in delictis minori non succurritur; quæ sententia est *d. l. 1. C. de fidejuss. minor.* Posteriore casu, ubi salva est creditori judicii in alium translatio, etiam subveniri fidejussori, ut in specie *d. l. minor 51. ff. de procur.*, ubi creditori seu actori salva manet contra principalem reum actio. Item in casu *l. si pupillus 89. ff. de acq. her.*, ubi creditoribus salva est actio contra heredes legitimos, si qui alii sint præter minorem restitutum, vel contra coheredes adeuntes. Et ad hunc posteriorem casum quoque pertinere *l.2. §.1. ff. de admin. tut.*, item *l.3. §.4. vers. sed an hoc ff. de minor.* Diversi juris hanc esse rationem; quia sicut æquum est, creditorem in damno non morari; ita eandem æquitatem suadere, ut fidejussori succurratur, si creditori aliter consultum sit.

Alii pro regula ponunt, fidejussores minorum beneficio

restitutionis non juvari, quasi sua conventionem hoc auxilium repudiasset videantur, per *d.l. 13. pr. ff. de minor.*, *fac. l. 3. §. 4. vers. sed an hoc, cod.*, ubi dicitur, interdum & fidejussori hoc auxilium prodesse: unde recte colligas, regulam esse in contrarium. Excipiunt autem casum, quando fidejussor intercedit pro minore, certæ personæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis: veluti si fidejubeat pro minore tanquam defensore alienæ litis, & promittente judicatum solvi, ut in specie *d.l. minor 51. ff. de procur. l. 2. §. 1. ff. de adm. tut.*; aut tanquam herede, ut in specie *d.l. si pupillus 89. ff. de acq. her.*. Eum enim, qui pro his, quatenus tales sunt, intervenit, aperte id agere, ut ne teneatur deposita hac qualitate, *Donell. 25. comm. cap. 14.*

Ant. Faber lib. 8. conject. 3. & ad *l. 13. ff. de minor.* alia adhibita distinctione rem hanc expediendam putat; & nimium interesse, utrum fidejussor pro minore intervenerit, tanquam pro alio quolibet, seu quomodo interveniret etiam pro majore, quod in dubio sit præsumendum, etiamsi sciverit conditionem minoris: an quasi pro minore & contemplatione juris prætorii, id est, ob eam duntaxat causam, ut creditori cautum esset, qui alioqui, propter incertum ætatis ac restitutionis, cum minore non contraxisset. Priore casu prodesse fidejussori restitutionem a minore impetratam, perinde ac si a majore impetrata esset; posteriore vero non prodesse. Atque hanc distinctionem etiam Senatui Sabaudie placuisse, testatur idem *Ant. Fab. Cod. suo for. tit. de fidej. min. defn. 1. & tit. qui & adv. quos in int. rest. defn. 2.*

Ex tribus autem hisce distinctionibus expeditissima & tutissima mihi videtur secunda: nam ratio primæ in casu, quo etiam fidejussori succurratur, non convenit speciei *l. si pupillus 89. ff. de acq. her.*. Quid enim si nemo adeat hereditatem, ut quæ suspecta sit, nec omnino idonea? Quid enim si vetus aut alia actio propter inopiam aut absentiam debitoris inanis sit? Nec quod ad tertiam attinet, *Ant. Fabro* concedendum, fidejussorem minoris, quem scit minorem esse, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii intercessisse. Imo cum fidejussor in hoc accipiatur ab eo, qui

cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori, fidem habeat, propter metum restitutionis, *d.l.13.pr.ff.de minor.*; contrarium potius præsumendum: & sibi imputet fidejussor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenere. Quod vero fidejussori, qui minori heres extitit, salvum manet restitutionis auxilium, *l.Stichum 95. §.3. ff.de solut.*; in eo fidejussoris eadem cum ceteris heredibus conditio est, *l.6. ff.de in int. rest. l.3. §. Pomponius 9. ff. de minor.*: neque enim fidejussori qua fidejussori, sed qua heredi, salvum manet. Item quod placuit fidejussori, qui pro minore dolo adversarii circumscripto intervenit, prodesse exceptionem doli mali, quæ minori ex hac causa competit, *d.l.7. §.1. ff. de except. l.2. C. de fidei. min.*; hoc ex eo est, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius est, quam in personam, *l.2. §.1. & §.2. ff. de dol. mal. exc.*, ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejussori, *d.l.7. §.1. ff. de except. l.1. & heredi 21. §. ult. ff. de pact.*. Cui adde, quod etiam majoribus eadem ex causa eadem exceptio detur. Ceterum non hoc solo casu, quod quidam putant, restitutio fidejussori prodest, ut jam demonstravimus. Unicum adhuc est, quod hic objici solet, nempe generalis illa regula, quæ definit, in omni genere liberationis, liberato reo principali, liberari etiam accessiones, *l. in omnibus 43. ff. de solut.*. Sed huic objectioni sic respondendum, regulam illam toties procedere & veram esse, quoties principalis obligatio aut ipso jure tollitur, aut summovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis est exceptio pacti, rei judicatæ, jurisjurandi, senatus-consulti Vellejani &c.: secus autem est, quando, manente obligatione tam naturali quam civili, persona rei duntaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur, per *l. ult. ff. de duob. reis.*

C A P. XII.

An dolus dans causam contractui bonæ fidei eum reddat ipso jure nullum?

Q Uæstio hæc agitata est inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos; quorum illi affirmant, bonæ fidei

dei contractum, cui dolus causam præbuit, ipso jure nullum esse: hi negant. Illos sequuntur *Cujac. Costal. Bus. ad l. 7. ff. de dol. mal. Don. Myns. Zas. in §. actionum 28. Inst. de act. . Hos Coras. 2. miscell. 8. Robert. lib. 3. animadv. 1. 2. & 4. .* Nos hic Citramontanorum castra sequemur, in quæ & suprema Curia Hollandiæ concessit *decis. 5. .* Primum hoc dicimus, in contractu bonæ fidei nullam circumscripto competere actionem de dolo. Nam aut causam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc supponimus, ipso jure nullus est; ut puta nulla est venditio, nulla societas, si quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumscriptus est & dolo adversarii adductus, ut venderet, *d. l. 7. ff. de dol. mal. ,* aut societatem contraheret, *l. in causæ 16. §. 1. ff. de minor. : aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta circa rei valorem aut traditionem aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipso contractu descendentem, d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Julianus 13. §. 4. & 5. ff. de act. emt. l. 2. C. eod. : aut si conveniatur, qui dolum passus est, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli insunt bonæ fidei judiciis, l. sed & si 21. ff. solut. matrim. l. hujusmodi 84. §. 5. ff. de legat. 1. .* In stricti autem juris contractibus non idem doli effectus est. Hic enim, siue causam contractui dolus dederit, non reddit eum ipso jure nullum, siue inciderit & in aliqua parte tantum accesserit, non purgatur actione ex contractu descendente, quæ stricti juris est: sed spectatur duntaxat, utrum is, qui per dolum obligatus est, impleverit contractum necne: si nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere potest, *l. si quis 36. ff. de verb. oblig. l. 5. C. de inut. stipul. ;* actionem autem de dolo non habet: quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit, *l. ult. ff. de dol. mal. .* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, si cetera quoque remedia ei desint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum subsidium, *Zas. Duar. Cujac. Donel. in d. l. 36. de verb. oblig. .*

Illud autem hic quæritur, an verum sit quod cum Citramontanis asserimus, ubi dolus causam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipso jure nullum esse; cum secus se

res habeat in strictis judiciis. Et verum esse satis perspicue demonstrat textus in *l.7.pr.ff.de dol.mal.*, ubi Jurisconsultus discrete ait, nullam esse venditionem, si in hoc ipso circumscriptus fuerit, ut venderet; & notanda eo loco oppositio casuum. Nam dum ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, minor circumventus sit, casum hunc opponit casui antecedenti, quo dolo incidente, non causam dante, contractus ipso jure valet. Non obstat, quod Jurisconsultus utroque casu actionem de dolo in manumissum dat: siquidem *Ulpianus*, ut sententiam *Juliani* dicentis actionem de dolo in manumissum dari, qui a domino minore decepto venditus, & ab emptore manumissus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrat, cum hic videatur superesse ex vendito, docere voluit sententiam istam *Juliani* duobus casibus procedere. I. quando emptio venditio valet, sed emptor dolo caruit, ut non possit ob dolum a servo commissum actione ex vendito conveniri. II. Ubi emptor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni causam præbuit: quo casu, cum venditio ipso jure nulla sit, sola superfit actio de dolo.

Probatur hæc eadem sententia, nec minus evidenter, ex *l.in causa 16. §.1. ff.de minor.*, ubi & majore 25. annis circumscripto in societate incunda, contractus dicitur esse nullus, & minori eodem casu negatur opus esse restitutione in integrum, quæ utique ei necessaria esset, si contractus subsisteret. Addunt alii & textum in *l.3. §.ult. ff.pro soc.*, quo loco *Paulus* sic scribit: *Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci esse sententia: nimirum eam societatem ipso jure nullius esse momenti, quæ eo animo & proposito contracta sit, ut ejus occasione alii fraudentur & circumveniantur; quia rei turpis & illicitæ nulla in universum ex ullo contractu obligatio est, *l.6. §.3. ff. mandat. l.nec prætermittendum 57. ff. pro soc. l.generaliter 26. & seq. ff. de verb.oblig.*

Restat jam, ut examinemus & diluamus argumenta, qui-

quibus Ultramontani eorumque sectatores adducti in contrariam sententiam iverunt. Sed prius quam eo deveniamus, monendi sumus, in distinctione contractuum bonæ fidei & stricti juris bonam fidem non simpliciter opponi dolo; quippe quem ab omnibus contractibus, etiam a stipulatione & mutuo abesse oportet, *l. 4. C. de oblig. & act.*: sed quadantenus tantum & secundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei desideratur, eorumque naturæ magis adversatur dolus malus: quod *Imp. l. 5. C. de resc. vend.* significant, cum ajunt, dolum contrarium esse bonæ fidei, quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur. Et ratio est, quia in his alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præstari oportet, etiam si de eo nihil cautum sit, *§. in bonæ 30. Inst. de action. l. 2. §. 3. ff. de obl. & act.*; & hinc est, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendam originem obligationis, in contractu bonæ fidei, quam stricti juris: dolus, inquam, contractui causam dans; nam incidens contractum nullum facere non potest.

Ultramontani tamen *Petrus, Cynus, Joan. Faber,* & recentiores nonnulli, sicut diximus, ab hac sententia recedunt, contententes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis causam dederit, ipso jure consistere atque effectum habere, sed rescindendos esse actione ex contractu, aut de dolo, si alia non supersit. Afferunt huic sententiæ firmandæ innumeros locos; quorum præcipui *l. 11. §. si quis 5. l. Julianus 13. §. 4. & 5. item §. si colludente 27. ff. de act. emt. l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de jur. dot. l. 3. C. comm. utriusq. jud. l. 5. C. de resc. vend.*. Verum non est adeo difficilis ad hæc loca responsio: quoniam in plerisque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l. 11. §. si quis virginem ff. de act. emt.*. Nam in casu illic proposito venditor emtorem dolo malo non induxit ad emendum, sed cum emtor animum emendi haberet, & errore lapsus putaret se virginem emere, venditor sciens emtorem errare, passus est eum in hoc errore hæerere: non autem affirmavit esse virginem, quo eum ad emendum induceret; qui error corrigitur data actione ex emto ad emtionem resolvendam. Sic quoque in *d. l. 13. §. 4. & 5.* non proponuntur ca-

fus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus est, ut emeret vel venderet; sed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur. Similiter ex eo, quod in §. *si quis colludente* 27. *d.l.* 13. Jurisconsultus proponit, colludente procuratore venditionem factam, non sequitur necessario dolum dedisse causam contractui. Multoque minus ex *d.l.* 12. §. 1. *ff. de jur. dot.*; cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, sed in æstimatione & traditione ferveri. Nec denique ex *l.* 3. *C. comm. utriusque jud.*; neque enim illic agitur de dolo, qui divisioni causam præbuit, sed admissio in ipsa divisione, qui dolus est incidens; & sic quoque capiendæ *l.* 7. §. 1. *depos. l.* 49. *de O. & A. l.* 79. *pro soc. l.* 43. §. *ult. l.* 66. §. 1. *l.* 68. §. 1. *de contr. emt. & c.*. Sane in specie *d.l.* 5. *C. de resc. vend.* dolum dedisse causam contractui, verba ipsa satis aperte ostendunt, & tamen etiam eo casu rescindi dicitur venditio. Sed bene respondet *Cujacius*, nihil aliud his verbis, *venditionem rescindi*, eo loco significari, quam data & tradita revocari conditione sine causa. Nam proprie ipsa venditio, quæ nulla est, non potest dici rescindi: sed rescindi dicitur ab effectu, qui secutus est, quoniam dominium per traditionem translatum erat, *l.* 7. *pr. ff. de dol. mal. l. dolus* 10. *C. de resc. vend.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna sunt consideratione. Primum tale est: Ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus ipso jure esse nullus: atqui licet dolum causam dederit contractui bonæ fidei, adest consensus, adsunt alia essentialia: ergo ipso jure non est nullus. Ad propositionem quod attinet, monendi sumus, contractus non ex mero jure gentium hic considerari oportere, sed quatenus jure civili recepti & approbati. Assumptio falsa videri potest, propterea quod dolum excludat consensum: ceterum ita stabilitur. Si vis & metus non excludit consensum nec contractum vitiat, nec dolum excludet &c. . At verum antecedens: ergo & consequens. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria esse voluntati, *l. nihil consensui* 116. *de reg. jur.*, vel quia in vi & metu etiam dolum inest, *l.* 2. §. *do-*

li mali 8. ff. de vi bon. rapt.. Antecedens non obscure negat *Cujacius* in *l. si quis 36. ff. de verb. oblig.*, & aperte *Donellus* in *l. 1. C. de resc. vend.*. Verissimum tamen esse, argumento sunt verba ipsa edicti Prætoris, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*; neque enim restitutione opus esset, si contractus ipso jure non valeret: & non nisi insulse atque inepte ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc referre possis. Accedunt expressi textus in *l. 3. l. 4. l. 5. C. de his, quæ vi metus v. ca.*; ex quibus manifeste patet, vim & metum non efficere, ut contractus, quamvis sit bonæ fidei, & cui metus causam dederit, sit ipso jure nullus: sed eo non obstante actionem & exceptionem quod metus causa dari. Movere non debet, quod scriptum est in *l. si mulier 21. §. 3. ff. quod met. caus.*: *Si dos metu promissa sit, nullam nasci obligationem, nec talem promissionem dotis ullam esse.* Hoc enim speciale est in promissione dotis metu extorta; quoniam favore dotis non datur restitutio: quoties autem contractum, si valeret, non datur restitutio, toties actus metu gestus ipso jure non valet, *fac. l. 9. pr. l. si privatus 17. ff. qui & a quib. man.*; & quod notandum est, loquitur *d. l. 21. §. 3. de dote stipulanti promissa*: vix autem quisquam est, qui dubitet talem promissionem, licet metu extortam, alias ipso jure subsistere. Magis obstare videtur *l. 1. C. de resc. vend.*, ubi *Imp. Alexander* ait, venditionem per vim & metum extortam irritam esse. Sed recte respondet *Accursius*, irritam, positum esse pro irritandam, nempe per actionem quod metus causa; quia Prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus causa, *l. 1. ff. quod met. ca. l. 3. & 2. seqq. C. eod.*, ut exitu inspecto actus hic sit irritus, aut pro irritato habendus. Nos igitur cum *Bachovio de action. disp. 6. tb. 17.* negamus rationem connexi, & dicimus, a metu dolum non recte inferri. Quod si quis hic urgeat responsum *Ulpiani* in *d. l. 2. §. doli mali 8. ff. de vi bon. rapt.*, ubi ait, cum, qui vim facit, etiã dolo malo facere, & in vi dolum inesse: responsio in promptu est, Doli appellationem & generalem esse, omnemque significare improbitatem, malitiam ac propositum delinquendi, quo significatu etiam vis dolum est, *l. 7. ff. ad leg. Corn. de sicar.*

& specialem, quæ injuriæ illa species intelligitur, quæ fit occulte & per simulationem, distinguiturque a vi, quæ aperta est, nec semper cum ea concurrit: quomodo *Cicero* dicebat, fraudem vulpeculæ vim leonis esse. Atq; in priore significato dicimus, Jurisconsultum *Doli* verbum accipere in *d.l.2. §.8. de vi bon. rapt.*; nec aliud intelligere, quam eum qui vim infert, pravum & improbum propositum habere, qui dolus apertus est, id est, manifesta malitia & improbitas, re ipsa & facto declarata. At nos hic disputamus de dolo in specie dicto, quo intelligitur, qui est in verbis, & occulte fit per simulationem. Sed parum proficimus, nisi ratio aliqua afferatur, cur eum, qui metu coactus, verbi causa, emit aut vendidit, placeat ipso jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus consensui, sine quo nullus contractus subsistit, contrarius sit, quam dolus, *l. nihil consensui 116. ff. de reg. jur.*. Putamus autem hanc esse rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas est, quam in altero: utique enim & coacta voluntas vere voluntas est, *d.l.21. §. pen. quod met. ca.*; sicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult se liberari periculo, & voluntate enixa ac serua, *Arist. 3. Eth. 1.* Sane quidem vis est contraria voluntati, sed quatenus causam extrinsecus impellentem spectamus, non quatenus respicimus causam proximam & ipsum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic considerandæ voluntates, una prior, altera vi posterior; quarum priori vis est contraria, posteriori vero tantum abest ut vis contraria sit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea consistere queat: errantis autem & dolo circumventi, ut sit aliqua voluntas, non tamen tam enixa est & certa, quia decipitur. Non possumus dicere plane & omnimodo dolo interveniente tolli consensum, quod temere *Bronchorstius cent. 1. assert. 57.* & alii nonnulli asserunt: nam hoc admissio ne contractus quidem stricti juris, dolo causam conventioni præbente, ipso jure subsisterent; cum nulli contractus, ac ne stipulatio quidem, sine consensu ullius momenti sint, *l. 1. §. 3. ff. de pact.* Sed hoc dicimus, etiamsi simpliciter & absolute non deficiat consensus, tamen cum hic debiliior sit, quam in casu objecto, & hæc sit

natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præstentur ex æquo & bono; & bonæ fidei, quæ in hisce judiciis exuberantissime requiritur, maxime repugnet dolus malus, *l. 5. C. de resc. vend.*: ubi principium est vitiosum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non posse: ut ut stipulationem sustineat verborum solennitas, mutuus interventus rei, & obligatio unilatera. Et effectu pene idem est, quod *Baldus* in *l. sub pretextu 19. C. de transact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem substantialem (rectius dixisset naturalem) quæ inest a propria & speciali natura contractus: sed in strictis judiciis esse contra qualitatem accidentalem duntaxat, & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale est: Qua ex causa transit dominium, ea non potest censerī ipso jure nulla. At ex contractu bonæ fidei, puta venditione, cui dolus causam dedit, transit dominium: ergo. Major est in *l. nunquam 31. ff. de acq. rer. dom.*. Assumptio probatur ex eo, quod nusquam legimus hoc casu dari vindicationem: quæ utique competeret, si dominium translatum non esset. Quinimo ex *l. 7. pr. ff. de dol.* perspicue probatur, dominium in casu, de quo agimus, transferri: alioqui enim manumissio non procederet, *l. 3. C. si advers. libert. fac. l. 10. C. de resc. vend.*; & miror *Bronchorstium* id negare arg. *l. 1. §. 4. ff. de acq. poss.*, ad quam vel puer responderit. Hinc porro sic colligunt: Ubi non impeditur translatio domini, ibi multo minus impediri debet natiuitas obligationis, per *l. 4. ff. de contr. emt.*. Atqui ubi dolus causam dedit &c.. Respondet *Baldus* in *l. 19. C. de transact.* ad hunc modum: Concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio est impediendi: sed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, sed non dominium, ut in sæpius allegata *l. 7. pr. ff. de dol.*. Ratio, quia non procedunt ab eadem causa: nam obligatio non potest esse sine vero & efficaci contractu, sed dominium potest transferri ex causa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus *Baldus*, cujus nimirum hæc

sententia est, traditionem ipsam cum animo transferendi domini factam ab eo, qui saltem putat subesse causam habilem & idoneam, licet nulla subfit, sufficere ad translationem domini: idque verum esse indicio est indebitum per errorem solutum. Illud enim indebitum est, quod nulla ex causa vere debetur: & tamen si quis errore ductus, putans se debere, ex aliqua causa solverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem soluti tantum conditionem indebiti habet, non vindicationem, *titt. ff. & C. de condict. indeb.*. Sic licet matrimonium nullum sit, tamen dos data non vindicatur, sed per conditionem repetitur, *l. pen. C. de interd. matrim. int. pup.*. Itaque recte *Donellus* in *d. l. 5. C. de resc. vend. nu. 3.*, quod *Paulus* in *l. nunquam 31. ff. de acq. rer. dom.* scribit, nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita si justa aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, ita accipiendum docet, si vera justa causa præcesserit, si opinione tradentis.

C A P. XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio?

NON una causa est, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum restitutio. Quid enim si iudicio recte defensus, & causa cognita sententia iudicis condemnatus sit, an non obstabit restitutioni auctoritas iudicis & rei iudicatæ? Placuit non obstare, ac nihilominus beneficio ætatis minores consequi posse, quod jure communi appellatio interposita præstat majoribus, *l. præses provincie 42. ff. de minor. & tit. C. si adv. rem. judic.*. Quid si decreto magistratus res minoris vendita sit? hic multo minus: siquidem magistratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto suo non comprobatur, *l. 2. C. de fidejus. minor. l. si quidem 11. C. de præd. minor.*. Sed nec curatorum auctoritas usque eo valet, ut id beneficium curæ suæ commissis adimant, quod remota hac auctoritate & sine curatoribus constituti habituri fuissent, *l. tutor. 47. ff. de minor. & tot.*

Et tot. tit. C. si tut. vel cur. interv. Sed finge minorem esse hominem frugi & industrium, magistratum aliosve honores gerere, parentem esse multorum liberorum, remque familiarem bene ac prudenter administrare: hæc utique signa sunt non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus, si capti probentur, restituendos per *l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui, & adv. quos.* Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, semper tamen ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum ἀπειρία, *Sfort. Odd. p. 1. qu. 23. art. 3. & 13., Sichard. in l. 2. C. de in int. rest. minor. num. 2.*

Quid si doctor juris sit, adeoque non levi juris scientia imbutus? Huic communiter Doctores restitutionem in integrum denegandam esse censent, etiamsi in negotio gerendo se læsum esse doceat, teste *Oddo d. loc. art. 7.* Rationem hujus suæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia restitutionem ob defectum ætatis desiderare potest, cujus ætatem supplet juris scientia: nec quisquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debet, imperitiam suam alii periculosam fore, *l. 8. §. 1. ff. ad l. Aquil.* Addunt, quod turpe sit, ut *Q. Mucius* dicebat, causas in foro oranti jus ignorare, *l. 2. §. Servius 43. ff. de orig. jur.*, & quod ad jurisconsultos olim, teste *Ciceron. lib. 3. de Orat.*, non solum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque *Duar. in l. 1. C. qui & adv. quos, Gomez 2. resol. 14. nu. 5., Bronchorst. 1. miscell. 28.* Ceterum hæ rationes tanti apud me non sunt, ut huic sententiæ subscribere possim. Nihil enim commune habet professio juris & artium cum bonorum administratione, & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, sed usu & experientia comparatur. Bene *Cicero in fin. 2. de offic.*, *De quaerenda*, inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius a quibusdam optimis viris ad medium januum sedentibus, quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliisque hujuscemodi negotiis olim

confuli solitos fuisse adolescentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clarissimi viri, magnoque rerum usu præditi, & fere honoribus omnibus & reipublicæ muneribus perfuncti de jure civibus respondebant, ut ex eodem *Cicerone lib. 1. de Orat.* discimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus est, si causa cognita captus esse deprehendatur, a solito auxilio removendum, *arg. l. 1. C. qui & adv. quos, & arg. l. 1. in fin. ff. de minor.*; quo loco Jurisconsultus scribit, non debere adolescentibus ante perfectam ætatem rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem suam gerentibus. Quantacunque enim, ut dixi, adolescentiæ tribuatur peritia, semper tamen obnoxia est captionibus, adjunctaque est huic ætati consilii quædam infirmitas & inconstantia, *Ord. d. art. 7. Sarmient. 3. select. interp. 12. Fachin. 3. contr. 5.* Arbitror tamen hoc restringendum esse ad captionem & læsionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adolescens profitetur, nihil attinent, puta si læsus sit ignorantia facti, quæ excusationem mereatur, & maxime in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia, &c.. Nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti nimis turpe est, *d. l. 2. §. Servius de orig. jur.*: veluti si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quia putabat eam ad merita causæ non pertinere. Cum enim se juris peritum profiteatur, hic desiderium ejus restitutionem propter errorem petentis pugnet e diametro cum ejus professione. Est autem iniquum & incivile aliquid postulare, quod discrepat & alienum est a professione nostra, *l. professio 6. C. de mun. patrim. lib. 10. l. in honoribus 8. §. philosophis 4. ff. de vac. mun.*. Unde etiam peritiam cujuscunque artis, quam minor profitetur, restitutionem impedire circa negotia ejusdem artis & professionis, statuunt *Maurit. de rest. in int. cap. 223. Ord. d. art. 7. num. 32. & seqq.*

C A P. XIV.

An si institutus beneficio ætatis contra aditionem hereditatis restitutus sit, convalescat substitutio?

Vulgaris substitutio facta extraneo five puberi five impuberi post aditam hereditatem expirat, *l. 5. C. de impub. & al. substit.*. Sed quid si institutus heres, postquam adiit hereditatem, beneficio ætatis contra aditionem in integrum restitutus sit, an hic convalescet substitutio, ut jam ex ea admittatur substitutus? Cōmunis Interpretum sententia est, substitutum admitti, dictam *l. 5. C. de impub. & al. subst.* sic interpretantium, si aditio duraverit: restitutione autem impetrata omnia in pristinum statum reponi, *Glos. Cyn. Salic. Don. & alii in d. l. 5. Zas. tract. substit. cap. 1. vers. secundo limitate, Merend. lib. 4. contr. cap. 9.* Nec hanc sententiam putant destitui auctoritate; proferuntque ad eam stabiliendam *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup. subst. l. Julianus 42. pr. l. si minor 61. ff. de acq. her. l. ex contractu 44. ff. de re jud. l. 8. §. sed & 5. & §. sed quod Papinianus 10. ff. de minor. l. 1. §. antepen. l. 2. §. si bonorum 10. ff. ad S. C. Tertul.*: quibus tamen locis an hæc sententia satis probetur, magna ratio est, cur dubitem: sed de eo mox videbimus. Duo sunt loci, qui in contrariam sententiam me trahunt, quod scilicet herede instituto post aditam hereditatem beneficio Prætoris se abstinente, substitutus non sit admittendus, *l. ult. ff. de succ. edict. & d. l. 8. §. sed quod Papinianus ff. de minor.*, quæ ab aliis pro contrariæ sententiæ firmamento affertur. In *d. l. ult. ff. de success. edict.* expresse negat *Papinianus*, inferioris gradus cognatum beneficium edicti successorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum possessionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abstinendi postea consecutus sit. In *d. l. 8. §. sed quod Papinianus ff. de minor.* unus tantum casus a sententia *Papiniani* dicentis, si minor, cui servus substitutus est, post aditionem abstinendi causa restitutus sit, substitutum nec heredem nec liberum fieri, excipitur, si hereditas solvendo non est; idque non recto jure, sed ex æquitate rescripti *DD. Pii & Antonini*, ne videlicet bona

de-

defuncti nomine veneant. Jam vero nihil est vulgarius, quam quod exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Neque alia ratione utitur Jurisconsultus, quam quod, substitutione semel per aditionem extincta, substitutus amplius admitti non possit. Atque idem omnino dicendum est de pubere suo herede instituto, qui accepto substituto ætatis beneficio post immistionem abstentus est. Ratio non est obscura, quia non solum deficit conditio substitutionis, instituto hereditatem adeunte, sed etiam bona testatoris esse desinunt, & fiunt heredis, cujus restitutio alii prodesse non debet.

Examinemus jam & excutiamus singulos locos in contrarium prolatos. Primus est *l. 2. §. 3. ff. de vulg. & pup.*. Sed iste locus huc non pertinet: cum hic tractemus de substitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de substitutione pupillari facta filio impuberi; & longe alia quæstio illic decidatur, nempe si minor 25. annis heres institutus post abstentionem adeundæ hereditatis gratia restitutus fuerit, confirmari tabulas primas, & Prætorem utiles actiones ex secundis substituto pupillari decernere; in quo utilitati consulit non tam substituti, quam pupillorum, *l. Julianus 42. pr. ff. de acq. her.*; qui quidem locus & ipse pro contrariæ sententiæ assertione affertur, sed eam non magis juvat, quam ille proxime præcedens: quippe cum & isto loco agatur de substitutione pupillari, & admittendo substituto, etiam eo casu, quo pupillus hereditate paterna se abstinuit, & intra pubertatem mortuus est: unde hoc tantum probatur, quod vulgo dicitur, nuda sui heredis, licet se abstinentis, existentia, confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur substitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu 44. ff. de re jud.*. Sed neque in *d. l. 44.* agitur de vulgari substitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam suo, sed impuberi suo heredi; quam substitutionem non extinguunt immistio, si modo postea se pupillus abstineat. Ratio est, quia communi jure, & sine restitutione in integrum, se abstinet pupillus suus, qui se miscuit, *l. in necessariis 57. ff. de acq. her.*. Extraneus autem aut pubes, qui adiit aut se immiscuit, contra aditionem aut immistionem non restituitur,

stituitur, nisi speciali decreto Prætoris causa cognita, *d.l.57. in fin. pr.*; quod beneficium non temere extra personam restituti in alterius favorem extendi debet, *l.3. §. sed utrum 4. ff. de minor.*. Dicitur quidem & illud probabiliter potest, in *d.l.44.* pupillam se non immiscuisse, sed nihil interest. Ex *l. si minor 61. ff. de acq. her.*, sic argumentantur: si minoris ad euntis & postea restituti coheres ad portionem minoris volens admittitur jure accrescendi: multo magis volens substitutus admittendus est, quia substitutio potentior est jure accrescendi, *l.2. §. si duo 8. ff. de bon. poss. sec. tab.*. At minoris ad euntis & postea restituti portio volenti coheredi accrescit, *d.l.61.* Respondeo: alia in proposito est ratio substituti, alia coheredis: cui scilicet vel propter partem suam, quam acquisivit, concedendum fuit totum agnoscere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoscat, cogi non potest, a toto recedere.

Citatur pro contraria sententia & *l.1. §. antepen. ff. ad Senatusconsultum Tertull.*: item *l.2. §. si bonorum 10. ff. eod.*; quarum in priore si filius hereditatem matris adierit ex *Orficiano*, & per in integrum restitutionem absentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipsius senatusconsulti, quæ extensiva sunt, & limitant jus adeundi hereditatem maternam, ut non obstet agnatis, nisi filius cum effectu heres sit, *d.l.1. §. antepen. l.6. §. 1. eod.* Eodemque modo respondendum ad alteram nempe *l.2. §. 10. eod.*; ubi si filius adierit ex jure antiquo, & restitutus sit, mater admittitur ex *Tertulliano*, ex verbis scilicet Senatusconsulti, quæ & ipsa extensiva fuisse credibile est. Ad *l.7. §. sed quod Papinianus 10. ff. de minor.* jam ante respondimus, eam aperte confirmare nostram sententiam, cum unus duntaxat casus ibi excipiatur in servo necessario minori substituto, si hereditas solvendo non sit. Atque hujus sententiæ auctores habeo *Cujacium & Bus.* in *d. §. sed quod Papinianus*, *Duar. in comm. ad tit. de vulg. & pup. substit.*, *Govean. 2. var. lect. 13. cap. 10.*, *Perez ad tit. C. de impub. & al. sub. nu. 7.*, *Bachov. ad Trentl. vol. 2. disp. 11. th. 7.*: ubi & bene respondet objectioni desumptæ ex vulgata illa regula, restitutione concessa

omnia in pristinum statum reponi : nempe hanc regulam eo duntaxat pertinere , ut intelligamus eum quoque , contra quem minor restituitur, propterea quod in negotio gerendo læsus fit , in pristinum statum reponendum esse : hoc autem nostro casu restitutionem magis in rem fieri videri , neque minorem restitui adversus substitutum ; imo nec proprie & vere loquendo substitutum posse dici a minore læsum.

Excluso autem substituto quæritur, utrum hereditas ad legitimum successorem pertineat , an fisco vindicetur : illud placet *Duareno & Bachovio*, hoc *Cujacio, Goveano, & Busio*; quorum sententia videtur verior; quoniam excluso substituto, multo magis exclusi intelliguntur venientes ab intestato; cum utique causa testamenti potior sit successione ab intestato . Deinde quia bona ista, per aditionem heredis, testatoris bona esse desierunt , ut ad ea legitimi ejus heredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona ista quasi vacantia fisco deferri: & hoc satis abundeque probat *l. ult. ff. de success. edict.*

C A P. XV.

An auth. Sacramenta puberum C. si adv. vendit. pertineat tam ad contractus invalidos , quam ad validos ipso jure?

EXtat constitutio *Frederici Imperatoris lib. 3. Feudor. tit. 53. §. 3.*, quæ inde translata in *Codicem Justinianæum sub tit. si advers. vendit.*, in hæc verba: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel justum metum extorta etiam a majoribus (maxime ne querimoniam malefactorum commissorum faciant) nullius esse momenti jubemus.* Quæsitum autem est, an hæc *Frederici* constitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure, & adversus quos puberibus extra causam jurisjurandi necessaria restitutio? Ait *Martinus & Citramontani*: negat *Bulgarus & Ultramontani*: atque hæc lis totam jurisprudentiæ scholam conturbavit. Ego *Martini* sententiam veriore esse puto: & nullus dubito , quin *Fredericus* secutus auctoritatem juris Canonici,

nonici, quod juramentis favet, & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris & Canonico consentaneum statuere voluerit, utcunque *l. 1. C. eod. tit.*, cui *d. auth.* subjecta est, ad contractus jure validos tantum pertineat. Etenim illi demum actus jure Canonico simpliciter prohibiti & invalidi sunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius peccatum, quod juraveris, servare. Et cum igitur jure civili minores restitui possent, etiam adversus ea, quæ rite gesta per tutores & curatores *tit. C. si tut. vel cur. int.*, imo licet ex decreto judicis gesta essent, puta prædium minoris ex decreto venditum, *l. si quidem 11. C. de præd. min.*, Imperator Alexander in *l. 1. C. si adv. vend.* excepit, nisi isti contractus juramento sint confirmati. Ceterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi a minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, sed ii tantum qui invalidi sunt, propter solam ætatem; qui si a majoribus gesti essent, jure rati forent & efficaces; veluti si minor, sine curatoris consensu contrahendo, se aut res suas obligavit, aut alienavit, aut res soli sine decreto distraxit. Sed & si lex civilis conventionem, quæ ratione objecti est ἀδιάφορος, privatæ tantum utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis est donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos solidos, renunciatio futuræ successionis, transactio facta de rebus testamento relictis, non inspectis testamenti tabulis &c., ad talem quoque conventionem *d. auth.* pertinere arbitror, eamque juramento a minore confirmatam inviolabiliter servandam, perinde ac jure Canonico obtinet in majoribus: siquidem eo jure & defectum ætatis juramentum supplet, & sponte præstitum omne sine exceptione servandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet. *C. quamvis de pact. in 6.* At si actus aliquis aut contractus a majore celebratus ideo non valet, quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis est renunciatio senatusconsulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis aut rei, cujus ususfructus penes patrem est, talem contractum a jurejurando

robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis a majoribus interposito: ac multo minus, si conventio ideo improbetur, quia natura turpis est, & contra bonos mores, ut loquuntur textus juris Canonici: quoniã jusjurandũ non debet esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis, *C. 1. ext. de jurejur. C. inter cetera 22. quæst. 4. C. non est obligatorium de reg. jur. in 6.*; atque in eo jus Canonicum & Civile inter se conveniunt, *l. 7. §. 6. generaliter 16. ff. de pact.*. Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua causa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure speciali certis tantum personis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet secus sit jure civili, *l. 5. C. de legib.*

Urget in contrarium *Bulgarus* verba *d. auth.*, *Super contractibus rerum suarum non retractandis*. Sed non oportet verba captare præsertim in constitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto processerunt, licet de jure effectum non sint fortita, *l. 5. C. de resc. vend. l. 1. C. qui man. non poss. junct. pr. Inst. qui ex quib. caus. man.*. Illud futile est, quod quidam objiciunt, Ecclesiam eodem jure, quo minores, censeri, quæ tamen adversus contractus juratos Prælati vel Episcopi restituatur, *C. 1. de rest. in integr. in 6. C. præsertim de testib. in 6.*; quasi vero unquam quisquam negasset, minori concedendam esse restitutionem adversus contractum juratum curatoris sui! Objicitur denique, quod minor sine curatore suo non potest aut creditori suo jusjurandum deferre, ut se obliget, aut debitori, ut eum liberet, *l. nam postea quam 9. §. si minor 4. l. jusjurandum 17. §. 1. ff. de jurejur.*: unde dicendum videtur, nec permittendum ei esse, ut sine curatore ipse se per jusjurandum obliget, & conditionem suam faciat deteriore. Respondeo, cum leges jusjurandum a minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conservent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant; quam non foveant, ubi non ipse minor, sed creditor ejus aut debitor jurat. At si juramentum ab ipso minore præstitum violari paterentur, a damno quidem eum liberarent, sed impietatem ejus foverent.

rent. Præstat autem damno eum affici, quam impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore hujus *auth.* disputari possunt, ea tamen plerisque nimis rigida, & infirmæ ac captionibus expositæ ætati perniciofa est; diciturque *Henricus VIII.* filius *Frederici*, cui *Papa Honorius III.* hanc *auth.* extorsit, eam aboliturus fuisse, nisi morte fuisset præventus. Utut sit, vix ullibi locorum recepta est: videfis *Busium* ad *l. 13. ff. de minor. Gudelin. lib. 3. de jure novis. cap. 14. Christin. vol. 2. dec. 125. & vol. 5. decis. 225. Groeneveeg. de legib. abrog. ad h. auth. & ibi alleg. Ant. Fab. Cod. suo for. tit. de in int. rest. min. & tit. si adv. vendit.*

C A P. XVI.

Utrum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum, similitudinem judicum habentium?

Judicium dividi solet in necessarium & voluntarium: ceterum hæc distributio non est generis univoci, sed $\pi\rho\acute{\sigma}\varsigma\ \acute{\epsilon}\nu$. Nam arbiter proprie judex non est; cum privatorum consensus judicem non faciat, *l. 3. C. de jurisd.*, sed partis judicis suscipere dicitur, *l. Pomponius 13. §. 2. ff. de recept. arb. l. rem non novam 14. C. de judic.*; & arbitraria ad similitudinem judiciorum redigi, judicia imitari, *d. l. 14. l. 1. ff. de recept. arb.*. Nimirum præter judicium proprie dictum, quod omne necessarium est, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi sunt, est & voluntaria quædam contendendi ratio extra jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu & compromisso itur, qui judices compromissarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipsa ad sopiendas lites pertinet *d. l. 1.*. Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromissum appellatur: quia litigatores compromittere, id est, simul & invicem pœnam promittere solent, si quis eorum sententiæ arbitri non steterit, *l. 3. §. 2. l. litigatores 11. §. 1. & seq. ff. eod. tit. l. 1. C. eodem.*

Duo autem genera arbitrorum Interpretes nostri fere faciunt, quorum unum sit eorum, qui proprie arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. societatem 76. ff. pro soc.*;

E

quo-

quorum illi tanquam iudices servato iudiciorum ordine procedant, hi sine solennibus litem amice ex bono & æquo componant, *vid. Gail. 1. obs. 150.* Sed ego existimo totum hoc esse commentitium, & a ratione juris civilis plane alienum: quod & jam olim suspicatus est *Jacobus* teste *Bart. in d. l. societatem ff. pro soc.*; & ex recentioribus aperte docuit *Corasius li. 4. miscell. cap. 18.*, ac novissime solide demonstravit *Bachovius ad tit. ff. de recept. arbitr. cap. 1. num. 2.* Etenim nusquam legimus, arbitratorem adhiberi, ut iudicem, ad controversiam aliquam sine forma iudicii sua sententia dirimendam, sed tantum intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emtione pretium, in locatione merces, certæ personæ arbitrio definienda permittatur, *l. si coita sit 75. cum seqq. ff. pro soc. l. ult. C. de contr. emt. l. si merces 25. pr. ff. locat.*; aut si modus restituendi, *l. si quis 43. ff. de verb. oblig.*, vel legati relictæ quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur, *l. 1. §. 1. de legat. 2. l. 6. ff. de cond. & dem. l. ult. §. 1. C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua arbitratoris interventu decisa dicatur. Et ideo dubitandum non est, quin etiam die festo arbitrator, quod sibi videtur, statuere possit, *arg. l. 8. C. de feriis*: quamvis arbiter tali die, non magis quam iudex, non possit sententiam ferre, *l. 3. l. 7. C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid statuit, quod manifeste iniquum est, ad arbitrium boni viri, id est, iudicis res redigi, constitutoque iudicio pronuntiatum corrigi potest, & nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem, *d. l. societatem, & l. unde si Nervæ 79. ff. pro soc.*, adeoque etiam in contractibus stricti juris, *l. si libertus 30. ff. de oper. libert. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. Donel. ad d. l. si quis 43. ff. de verb. obl. n. 16. Bachov. d. loc.*: ut frustra disputent *DD. in d. l. societatem*, quis iudex hic pro reductione adeundus sit. Nihil itaque commune habent arbitratores isti cum arbitris compromissariis: nam neque arbitrium dicere, si nolint, coguntur: & tunc velut conditio contractus deficit, id est, non recurritur ad arbitrium

trium alterius, quasi arbitrium boni viri electum esset, sed nihil actum esse intelligitur, *d.l. si coita 75. ff. pro soc. d.l. ult. C. de contr. emt. d.l. si quis 43. ff. de verb. oblig.*; quanquam in testamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur, *l. 12. ff. de reg. jur.*, contrarium observetur, & siue is, in cuius arbitrium legatum collatum est, arbitretur, siue arbitrari nolit aut non possit, semper legatum utile sit, quasi collatum in boni viri arbitrium, *l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*. Sed neque arbitratores hi usquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum Prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque esse Interpretum disputationem quærentium, quamdiu & usque ad quod tempus reductio ab arbitramento arbitratoris peti possit; licet *Bartolus* in *d. l. societatem num. 22.* dicat, quæstionem hanc requirere decisionem Principis. Nam cum jus petendi reductioem a pravo & manifeste iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri sit personale, & petatur per actionem ordinariam; consequens est illud jus non nisi triginta annorum spatio præscribi per *l. 3. C. de præscr. 30. annor.*. A sententia autem arbitri compromissarii, quam barbaro vocabulo laudum appellant, reductio petenda est intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam species est, *l. pen. vers. sin autem post sententiam C. de recept. arbitr.*. Tractatur hæc quæstio apud *Gail. lib. 1. obs. cap. 150.*

C A P. XVII.

An litis contestatio aliter, quam negative, ex parte rei fieri possit?

ANtiquitus certæ actionum defensionumque formulæ a jureconsultis erant compositæ, *l. 2. §. deinde 6. ff. de orig. jur.*, quas necesse erat in jure apud Prætores præeuntibus jureconsultis a litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel syllaba deerrasset, causa cadebat; de quo ad *Pet. Fabr. 1. semestr. 21. Rævard. cap. 2. de auct. prudent.*. Negotio autem solenniter exposito, in id, quod intendebatur respondeba-

turque, testes ultro citroque adhibebantur, unde litis contestationis nomen, auctore *Festo* in voce *contestari*, *add. Cujac. lib. 9. obs. 21. Pet. Fab. 2. semest. 24. Rævard. lib. sing. pro-tribunal. cap. 11.* A magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut iudicium conciperet, & litigatoribus postulantibus daret, id est, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula iudicii reddita, siquidem ipse Prætor rem suæ cognitioni reservabat: *Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo iudicium est, quo Titius condemnatur.* Quod si alium iudicem Prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis *iudicium est*, dicebat verbi causa, *Aquilius Judex esto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem iudicium eodem tempore, quo lis contestabatur; unde factum, ut in usu juris idem exprimant, post litem contestatam, & post iudicium acceptum: nec ante contestatio pro iusta habebatur, quam iudicio esset inclusa. Dato autem iudice & iudicio ordinato, utraque pars invicem denunciabat, ut ad iudicem datum venirent, & ad eos, qui propter tribunal assistebant, hæc verba pronuntiabant, *Testes estote, &c.*; iisque verbis dicebantur Actor & Reus litem contestari. Apud Prætorem igitur contestatio fiebat: iudicis autem officium lite demum contestata incipiebat, *l. si reus 73. ff. de proc.*, de quo fufius *Rævardus* ubi supra. Hæc monuisse vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata est, intelligatur. Nam ut Prætor iudicium dabat, reddebat, constituerebat; ita litigatores iudicium accipere, subire, suscipere dicebantur; cum potestatem causæ agendæ a Prætore impetrassent, *l. 2. §. 3. l. 3. l. sed & si 52. ff. de iudic.* Atque ex eo est, quod iudicio dicitur contrahi, *l. 3. §. idem scribit 11. ff. de pecul.* Ceterum hæc formularum angustiarum una cum actionum impetrationibus pridem sublatae sunt, *tit. C. de form. & impetrat. act. sublat.* Testationis quoque solennitatem etiam multo ante sublatam fuisse, arguit *l. un. C. de lit. contest.*; ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat, dummodo verbis utatur aptis & rei propositæ convenientibus, solaque maneat nunc litis contestatio, quæ cedat pro iudicio dato & constituto; cum iudex per narrationem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur,

rantur, *d.l.unic.*; quæ cum sit *Severi & Antonini*, apparet jam tum veterem contestationem in usu non fuisse.

Cum autem ad litis contestationem hæc requirantur, propositio Actoris, & ad eam propositionem responsio sive contradictio Rei, *l.2.pr. C.de jurejur.propt.calumn. l.rem non novam 14. §.1. C.de judic.*; recte mihi sentire videntur, qui asserunt litis contestationem a parte Rei non aliter, quam negative, fieri posse. Nam cum intentio Actoris semper sit affirmativa, necessario sequitur, litis contestationem, quæ in contradictione posita est, non nisi in negatione a parte Rei consistere posse. Ac proinde verissimum est, quod *Vigl cap.1. de lit.contest. Obrechtb.cap.2.num.6.* docent, per simplicem confessionem Rei nunquam induci posse litis contestationem; quoniam ubi lis non est, nec fingi potest litis contestatio: lis autem esse non potest, nisi unus affirmet, alter neget. Denique qui ultro se hosti dedit, certare velle dici non potest. Itaque nihil hic restat, quam ut judex confitentem solvere jubeat, & ad id terminum statuatur, ut bene *Salic.in d.l.unic. C.de lit.cont.num.10.* Dixi autem per confessionem simplicem: secus enim est, si confessio implicitam habeat vel præsumptive fecuturam & reservatam contradictionem, veluti si confessus nihilominus ad ulteriora procedi postulet.

Objicitur hic nobis *d.l.2. C.de jurejur.propt.cal.dand.*, ubi ad litis contestationem desideratur duntaxat narratio Actoris & responsio Rei: unde colligunt, qualemcunque responsionem Rei ad litem contestandam sufficere, sive ea in affirmando, sive in negando consistat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ibi intelligi a parte Rei desiderari responsionem, qualem litis contestatio & contradictio exigat? Fallitur quoque *Goedd. in l.litis 36.ff.de verb.sign.*, dum per objectionem exceptionis confessioni subjectam litis contestationem affirmative a Reo fieri putat, veluti si dicat, fateor, sed pactus es, ne petas: talis enim objectio vi ipsa in se continet debiti & intentionis negationem: siquidem negatio aut affirmatio non ex verbis Rei, sed ex intentione Actoris in proposito æstimanda est. Quid quod nec per simplicem exceptionis objectionem videtur induci

litis contestatio, per *cap. 1. & 2. de lit. contest. in 6.* Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione consistit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit; quoniam utrumque verum esse potest, & quod Actor intendit sibi deberi, & quod Reus excipit, pactum intervenisse. Plane si Actor hic non consistat, sed replicando, se pactum esse neget, jam quidem lis certo contestata est, & quidem affirmante Reo, Actore negante: sed hic Reus excipiendo & asserendo vices subit Actoris, Actor, replicando & negando, Rei, *l. 1. ff. de except. l. in exceptionibus 19. ff. de probat.* Sed & si Reo excipiente Actor porro in causa procedi postulet, satis eo ipso exceptioni Rei contradicere videtur, & quod a Reo dictum est, resolvitur in puram negationem. Atque hactenus eorum sententia defendi potest, qui statuunt per objectionem exceptionis introduci litis contestationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis, quam vocant deficientis actionis, statim induci litis contestationem: veluti si Reus confiteatur quidem, actionem aliquando Actori competiisse, sed eam nunc ei competere neget, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Ceterum talis allegatio proprie exceptio aut depulsio non est, sed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & simplicem inficiationem hoc tantum interest, quod simplex inficiatio nihil aperte in iudicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in iudicium deducitur, ac proinde a Reo probanda est, *l. 1. C. de probat.*: sed litis contestationem æque inducit, ac simplex illa & mera facti inficiatio; quia principaliter eo spectat, ut ostendatur vere negare Reum, actionem Actori competere: in quo omnes Interpretes conveniunt.

C A P. XVIII.

An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sit & sit forum competens, an vero & locus domicilii Rei?

INter conditiones idonei iudicis una est, ut sit competens. Competentem iudicem sic generaliter definimus: Cujus
de

de ea re, qua de agitur, notio est, ac proinde apud quem quis agere vel conveniri debeat, sive cujus sit forum competens, hoc est, litigatorum proprium. Forum autem competens aut est ex partium consensu, & prorogatione jurisdictionis, aut ex sola juris auctoritate. De foro ex consensu partium sunt *textus* in *l. 1. & 2. ff. de judic. l. si convenit 18. ff. de jurisd.* Juris auctoritate & invitus quisque forum sortitur, tum ubi domicilium habet, tum ubi contracta est obligatio, aut crimen commissum, tum ubi res sita est, de cujus possessione aut proprietate agitur, *l. heres 19. §. 1. §. 2. & ult. ff. de judic. l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poss. l. un. C. ubi de hered. l. 1. & l. 2. C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, si de ejus possessione aut proprietate agatur, subicit possessorem jurisdictioni ejus judicis, in cujus territorio res sita est: quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit, *d. l. un. C. ubi de possess. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam personæ, quam rei ratio habetur; & ideo quoque superiorem eodem respectu inferioris jurisdictionem subire, & Academicum de re in loco studii sita conventum ad Rectorem revocare non posse, plerique tradiderunt, *Monach. pr. ud. par. 2. cap. 6. num. 60. Vult. ad l. un. C. in quib. ca. milit. for. præscr.*: eademque ratione receptum est, ut ex hac causa etiam Clericus coram iudice seculari conveniri possit, *Gail. 1. obs. 37. num. 4. Mynsing. 1. observ. 22.*

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res sita est, sit etiam alius, ubi quis de possessione aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et si quidem de possessione, ut de ea primum dicam, momentaneo processu, qui extraordinarius est, agatur, veluti in casu *l. si coloni 14. C. de agric. & censit. lib. 11.*, aut simili; vix crediderim, locum esse alium qui forum tribuat, quam rei sitæ: eo quod processus ille momentaneus ob id instituitur, ne partes ad arma deveniant quod solet fieri in ipso loco, ubi res, de cujus possessione contenditur, sita est; & ne fiat, solius judicis, in cujus territorio sita est, interest. At vero si ordinario processu de possessione agatur, probarem communem Doctorum sententiam existimantium, etiam alibi, quam in loco, ubi res sunt

fitæ, de possessione agi posse, & nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium; idque Reo etiam invito, ut Actori facultas sit eligendi utro loco Reum convenire volet: quanquam actualem possessionem nemo nancisci, nisi in loco rei sitæ, potest, *l. 1. §. pen. ff. de acq. her. l. un. pr. C. ubi de hered. ag.*; adde quæ *Groenevv. tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poss.*. Atque hæc sententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens, & Actorem sequi forum Rei, quacunque actione agatur, ut diferte rescriptum est in *l. ult. C. ubi in rem act.*: id autem semper habet Reus in loco domicilii. Unus fere *Donellus li. 17. com. cap. 17.* ab hac sententia recessit, contendens non solum de possessione in loco, ubi res est, agi posse, sed etiam ibi agi debere, si Reus ibi secum agi postulet; solum hunc locum necessitati subjiciens: locum autem domicilii relinquens, non ut Interpretes communiter, arbitrio Actoris, sed Rei, *arg. l. iii. C. ubi de poss.*. Sed ad istam legem bene respondetur vulgo, loqui eam duntaxat de foro proprio & speciali; ac proinde per istum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo scilicet quisque conveniri potest quacunque ex causa, quale tribuit locus domicilii, *l. 2. C. de jurisd. l. ult. C. ubi in rem act.*. Sic in *l. un. C. ubi fideic. pet.* dicitur, fideicommissum ibi petendum esse, ubi hereditas relicta est; non quod alio loco peti non possit, sed quia eo loco conventus agenti præscribere non potest, *l. si fideicommissum 50. §. ult. cum l. seq. ff. de judic.*. Objicit *Donellus* & difficultatem quandam, atque incommodum, quod circa executionem, sententia lata a alio iudice, quam cujus in territorio res sitæ sunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo sequenti, cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam respondebimus.

In controversiis quoque de proprietate, sive actionibus in rem, speciale forum tribuit locus, in quo res, de quaum proprietate lis est, constitutæ sunt, quamvis possessor ibi domicilium non habeat, *l. ul. C. ubi in rem act.*. Est autem & hic constans fere omnium Interpretum sententia, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco,

ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt, per *text.* expressum in *d.l.un.C.ubi in rem act.l.un.C.ubi de her.ag.fac.l.10.cum l.seq.ff.de rei vind.* Sed hic item *Donellus*, ut nunc loqui amant, singularis est, asserens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum Rei; locum scilicet ubi sitæ sunt, ibi Reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi iudicium pati. Dictum autem *textum* in *l.ult.C.ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non simpliciter permittunt actionem in rem moveri, ubi res constituta est, sed moveri jubent, quasi verbis istis necessitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, recte argumentaretur *Donellus*, sed cum vel ipso fatente duo jubeant, primum actorem Rei forum sequi debere, quacunque actione experiatur, sive in rem, sive in personam, atq; per hoc forū, eodem quoq; fatente, non aliud intelligi possit, quam quod Reus sortitur ex loco domicilii sui. Deinde si in rem agatur, etiam ibi ubi res constituta est, agi jubeant *vers. sed & in locis d.l.ult.*; quis non videt duo diversa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum possessor fortiatur; locum domicilii, quasi forum commune actionum omnium, & locum rei sitæ, ut forum actionum in rem proprium? Præcipuum autem opinionis suæ fundamentum ponit *Donellus* in *l. quod legatur 38. ff. de jud.*; & sane aperte Jurisconsultus illic ait, si per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res est. Sed non dubito, quin id speciale sit in re legata; eo quod legatario sufficere debeat, si heres, a quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco, ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa rei legatæ præstatione præcipue Jurisconsultus tractat: ut proinde non male responderi posse videatur, id quod Jurisconsultus ait, *etiam ibi peti debet, ubi res est*, vim & effectum solutionis respicere: quia si alibi petatur, heres tamen eo loco, ubi res est, eam solvere potest, quanquam alii aliter, *Accurs. in d.l.38. Duar. ad tit. de judic. cap. de for. compet. Hotom. lib.3. obs.7. Fulse Vultej. ad l.un. C.ubi fideic. pec.*

Quæ porro hic incommoda *Donellus* objicit, nimirum facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem, quæ alibi sita sit, restituere, ut nova lite pro rei executione opus sit, ea objectio non est magni momenti. Nam præterquam quod omnes magistratus inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit *Donellus*, incommoda hæc non tam esse possessoris, cui etiam commodius esse solet in loco domicilii sui conveniri, quam petitoris, qui sibi imputare debet, quod maluit cum incommodo suo agere in loco domicilii possessoris, quam rei sitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in personam metui potest, in quibus & ipsis plerumque res aliqua præstanda venit, & quæ ob eandem causam & ipsæ in loco rei sitæ duataxat intentari deberent. Postremo, quod apprime notandum, non est ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut possessori restituere jusso, nec parenti, res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei 46. & l. seq. ff. de rei vend. l. 5. l. tutor 8. ff. de in lit. jur.*; quamvis id moribus Galliæ & nostris vix observetur, *Zipæ. in not. jur. Belg. de jurejur.*

C A P. XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hereditatis?

Testamentum inofficiosum est, in quo liberi, aut parentes, aut fratres & sorores contra officium pietatis vel exheredati sunt immerito, vel immerito præteriti, modo testamentum jure consistat, nec his debita legibus portio relicta sit. Quod testamentum ut inofficiosum accusare possunt, & postulare, ut id tanquam tale rescindatur, qui inique se exheredatos aut præteritos queruntur, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit, *l. 2. l. 5. §. 1. l. Titia 13. ff. de inoff. testam. & pr. Inst. cod.*; ac proinde quasi testamenti factionem non habuerit, *l. qui repudiantis 17. §. 1. ff. cod.*; qui color hic quæsitus fuit, ut sani hominis testamen-
tum

tum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabularum, quæ liberam undiquaque testandi potestatem patrifamilias concedit, *l. verbis 120. ff. de verb. sig. pr. Instit. de leg. Falc.* Pro eodem autem dicunt Veteres, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum, quæ legentibus passim in titt. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine crebrius hoc iudicium designatur, quam querelæ. Quid ergo, est ne querela & ipsa actio? Sane est, licet plerique statuunt non esse, sed remedium aliquod ab actione separatum, sive implorationem tantum officii iudicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi, & hereditas vindicari queat. Sed non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis scriptum est, querelam ipsam actionem seu petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficiosum, eum *Papinianus* ait, hereditatem petere, *l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. testam.*; *Scævola* petitionem hereditatis exercere, *l. qui de inofficioso 20. ff. eod.*; *Paulus* in *l. eum qui 21. §. 2. ff. eod.* ait per querelam inofficiosi evinci hereditatem; *Ulpianus* vindicari facultates, *l. si instituta 27. §. 3. ff. eod.*; *Tripbonianus* filium exheredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hereditatis, *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.*; *Imperatores Severus & Antoninus* ex causa inofficiosi testamenti hereditatem peti, *l. 3. C. de petit. hered.*; *Justinianus* hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* Atque hinc est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. pr. ff. eod. l. 2. C. eod.*: hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hereditatem petit, heres esse videatur; quanquam in suis heredibus hæc possessio non est necessaria, uti nec aditio, *d. l. 7. junct. l. in suis 14. ff. de suis & legit.*, de quo confule *Vigl. ad rubr. & §. 1. Instit. de inoff. testam. Duar. cap. 8. ad eund. tit. Govean. lib. 1. var. lect. cap. 1.* Quamobrem si quis a me petat, ut ut quid sit querela inofficiosi testamenti, obiter definiam, dicam esse speciem petitionis hereditatis, qua & te-

stamentum

stamentum rescindi postulatur, & simul vindicatur hereditas, tanquam ab intestato delata, cum *Duar.d.loc.cap.10. Vigl.ad d.rubr.num.6. Donel.19.comm.3. Vaud.2.var.quest.24.*

Communis vero Interpretum nostrorum schola existimat, querelam esse iudicium præparatorium, quo aditus patefiat ad iudicium universale seu petitionem hereditatis; sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hic esse iudicia, quorum alterum, scilicet querela, præcedat, alterum, petitio hereditatis, sequatur, quod verum non est: siquidem ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hereditas, *l.3. C.de petit.hered.*; neque duo hic iudicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hereditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur, de quo differuimus *cap.10.* Equidem fateor, querelam in multis differre a petitione hereditatis simplici, de qua agitur *tit.de petit.hered.*; sed ex eo non sequitur, per eam non peti hereditatem, aut eam speciem petitionis hereditatis non esse. Proferuntur autem duo potissimum argumenta, quibus effici videtur querelam inofficiosi testamenti petitionem hereditatis non esse: quæ qualia sint, videamus. Primum tale est: Petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui cum heres non sit, pro herede prove possessore possidet, nunquam adversus heredem eumve, qui pro herede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium, *l.9. & seqq. ff.de hered.petit.* At querela datur adversus heredem scriptum, contra fideicommissarium, cui restituta est hereditas, *l.1. C.de inoff.testam.*, contra præteritum, qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, *l.pen. ff.de bon.poss.cont.tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso heredem, heredem non esse; utique cum eo agi non tanquam cum herede, sed tanquam qui heres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse iudicatur, *l. qui repudiavit 17. ff.de inoff.testam.*; & proinde eum teneri, quali pro herede aut possessore possideret, ut diserte ab *Imperatoribus Severo & Antonino* responsum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hereditas, *l.7. C.eod.tit.*

Alterum argumentum est hujusmodi: Omnis petitio hereditatis aut est ex testamento, aut ex causa intestati, *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento exclusi sunt: non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat, & ex eo adiri hereditas potest, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu 39. ff. de acq. hered.* Sed quid hic respondendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quandam hereditatis delatæ tanquam ab intestato: quia prætenditur color dementiæ testatoris, qui ob id testamenti faciendi jus non habuerit: uti & revera si iudex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, ac si hereditas nunquam adita fuisset, *l. 6. §. 1. l. eum qui 21. §. 2. ff. de inoff. test.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quandam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tanquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia fere vi ipsa convenit, quod *Joan. Fab. & alii ad pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis, seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exheredatus sit in possessione hereditatis, & heres scriptus hereditatem petat, *l. 8. §. si filius 13. ff. eod. tit.*, adeoque, & liberum esse exheredato simplici petitione hereditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis, *Paul. lib. 4. sent. tit. 5. & ibi Cujac.* Illud non est magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex causa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito, *l. 8. §. 3. C. de bon. quæ lib.*, querelam autem pater filii nomine instituere non possit, *l. 8. pr. ff. de inoff. testam.*, colligunt, querelam non esse actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris est ratio, quia querela non competit, nisi filius, cujus solius injuria est, *d. l. 8. in pr.*, ostendat sibi displicere factum parentis, a quo exheredatus est, & ideo invito filio, non magis pater queri potest, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat. Adde quod querela

remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum; ac proinde tale, quod personæ exheredati cohæreat, *Duar. cap. 8. ad tit. de inoff. test.*

C A P. XX.

An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?

EDICTUM successorium est, cum liberis, qui primo loco ad successionem vocantur, repudiantibus, admittuntur legitimi, & rursus his repudiantibus cognati; item cum repudiante proximior agnato vel cognato admittitur sequens, *l. 1. §. quibus 19. & §. seq. ff. de success. edict.*. Est autem huic edicto locus in bonorum possessione deferenda, ubi tabulæ testamenti nullæ extant, & à intestato defertur hereditas, de quo *d. tit. de success. edict.*, & præcipue *d. l. 1. §. 10. & 11. & l. 1. & l. 2. C. eod.*. Quæritur autem, an huic edicto successorio etiam locus sit in querela inofficiosi testamenti, hoc est, an si is, qui prior admittitur ad accusandum, nolit aut non possit accusare, sequens admittatur. Et placuit admitti, ut successioni sit locus, teste *Paulo l. pen. pr. ff. de inoff. test.*; & talis casus est, qui deciditur in *l. neptem 7. C. eod. tit.*. Ceterum hoc in iis tantum procedit, qui si eos nemo ordine aut gradu præcessisset, statim citra ullum edictum successorium querelam movere potuissent; si videlicet exheredati fuissent aut præteriti, nemine eos præcedente in causa successionis ab intestato. Igitur hi, præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accusationem ordine successorio ex propria sua persona proprioque jure suo. Exemplum habemus in *l. pater 14. ff. eod. tit.*, ubi proponitur casus hujusmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in potestate retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, utroque filio exheredato, patre præterito decessit. Hic ordo postulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii. Quod si illi non querantur, vel questi in judicio succumbant, succedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in suspenso erat, impletur. In hoc enim & similibus casibus, qui præcedebant obstabantque, ne sequens ordo aut gradus ad

accusationem admitteretur, jam pro mortuis habentur, & paria habentur non extare, & extare quidem, sed queri amplius non posse. Non obstat quod heres scriptus jam sententia judicis declaratus sit heres: nam id verum quidem est ratione primi accusantis; sed sententia illa inter alios jus non facit, *l. saepe constitutum 63. ff. de re jud. & tot. tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obstat, quod nepos in querela contra patris testamentum præfertur avo, ejusque causa potior est; unde dicendum videatur, si scriptus a patre heres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam: Si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic est vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior est avo suo defuncti patre in eo, quod in successione ab intestato prior est causa liberorum. At filius judicio victus est, quia juste exheredatus judici visus: quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & male merita nepotis, quæ avo nocere æquum non est, *arg. l. 3. §. si emancipatus 5. ff. de bon. poss. cont. tab.* Similiter & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & si 15. pr. ff. de inoff. test. l. 7. §. 1. ff. unde lib.*, si filius a patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ea instituta judicio victus sit aut quoquo modo agere non possit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria sua persona, *l. pen. pr. ff. de inoff. testam. d. l. 3. §. emancipatus 5. in fin. ff. de bon. poss. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui sui vel al. jur.* Nec hic spectari debet, an jam nata fuerit querela filio, an vero ante querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit quæ filio delata est, sed ex persona propria: eodem plane modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edicto ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos, *l. 1. §. quibus 10. ff. de success. edicto.*

Ceterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Objicitur primum *l. si quis postumo 9. §. 2. ff. de lib. & post. her. inst.*, ubi Paulus scribit; si filium exheredavero, nepotemque ex eo præteriero, & extraneum hæredem scripsero, & filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem, decesserit, nepotem succedendo non rupturum testamentum,

& ita

& ita *Julianum, Pomponium, & Marcellum* respondisse. Idemque in nepote postumo præterito & filio exheredato juris esse *Ulpianus* auctor est, nempe hunc nepotem, filio post mortem patris, deliberante herede instituto de adeunda hereditate, defuncto, testamentum avi agnascendo non rumpere, *l.6.pr. ff. de injust.rupt. irr. test.*. Itaque hic filius exheredatus obstat nepoti præterito: & obstat, ut *Papinianus* ait, jure testati, quamvis nihil obstat jure intestati, id est, quominus hic nepos scripto herede repudiante, atque ita testamento destituito, ab intestato suus heres avo existat, *l. scripto 7. ff. unde liberi d. l.6.pr. vers. plane si ff. de injust.rupt. l. 1. §. sciendum 8. ff. de suis & legit. her. §. cum autem 7. & seq. Inst. de her. quæ ab intest.*. Respondeo: obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnascendo aut quasi agnascendo ipso jure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo herede a patre exheredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob sui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum possessionem contra tabulas, *l.4. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.*. Quippe hic filio, qui exheredatus est, satisfactum est, valetque ipso jure testamentum, etsi nepos præteritus sit: nec scripto herede adeunte potest nepos in locum sui heredis succedere, ex capite secundo legis *Vellejæ*: quoniam mortis tempore eum filius præcessit, *l. Gallus 29. §. sequenti 13. ff. de lib. & post. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.*; nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti: quia præteritio nepotis hoc casu pro exheredatione est; & Prætor exheredatos non agnoscit, *d. l.4. §. 1. junct. l.8.pr. ff. de bon. poss. cont. tab.*. Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admittitur nepos ex edicto successorio, quoniam ipse immerito præteritus est: quo casu testamentum quidem valet, quia præteritio ista vice exheredationis est; ceterum admittitur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso jure validum: & licet per exheredationem filii satisfiat formæ & solennitati internæ, quæ jure civili ad

ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisficit juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria sunt, testamentum non rumpi, & tamen adversus id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi, §.2. *Instit. de inoff. test.*. Facilius vero querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti jus statim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet scriptis heredibus. At potest querela competere, ut tamen nihilo magis testamentum rescindatur.

Secundo objicitur *l. si quis filium 34. C. de inoff. test.*, quo loco *Justinianus* ait, nepotem olim, ubi filius exheredatus non præparata querela decessisset, omne adiutorium dereliquisse, cum tamen sententiam nostram ex jure veteri defendamus: *Justinianus* autem diserte jus vetus corrigit, primusque constituit, ut filius querelam etiam non præparatam transmittat ad nepotem, ut nepos in hac causa a vetustate neglectus, a suo, inquit, vigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor casus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem a querela removet juri antiquo convenienter. I. Si probet heres scriptus filium exheredatum ingratum fuisse. II. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta sit; tunc enim nepotem vult agere ad supplementum quartæ. III. Si filius querelam repudiavit. IV. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præscriptum sit. Ergo jure veteri secus se hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo, nepos sine exceptione exclusus fuit. Respondemus, *Justinianum* eo loco non agere de nepote ex propria persona accusare volente, sed loqui de transmissione querelæ, id est, eo casu, quo nepos ex persona patris sui querelam movere vult; & tunc locum habent quatuor istæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria sua persona accusare cupit ex edicto successorio; quod & olim nepoti licuisse dicimus, & nunc etiam licere; nec ei obesse ingratitude patris, nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale silentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex persona patris agere ob transmissam ad se querelam ex *d. l. si quis filium C. de inoff.*

testam., quod & interdum ipsi utilius esse potest, puta si nepos ex justa causa sit præteritus, pater autem immerito exheredatus; vel ex persona sua, si melius faciliusque de sua, quam patris pietate docere possit. Atque ita fere post *Azonem, Bartolum, Dyn., Castrensem, Costalius, & Anton. Rubens* ad *l. pater* 14. ff. *ead. tit.*, *Donellus* 19. *comm.* 7. & *ibid.* in *not. Oswald. Hillig.*. Dissentiunt *Bachovius* ad *Trentl. disp. de inoff. testam. thes.* 5. *Timæus Faber. disp. annivers.* 19. *thes.* 4. *Alciatus lib.* 4. *paradox. cap.* 16. fluctuat, ut & alii fere. *Gomezius* 1. *var. resol.* 11. *nu.* 21. hanc quæstionem altam & subtilem vocat, licet & ipse dissentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorsus removisse.

C A P. XXI.

An liberi juste exheredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an ceteris partem faciant?

Quæstionis hujus sensus est, an liberi justa ex causa exheredati re ipsa adhuc inter liberos numerentur; perindeque habeantur, ac si partem suam accepissent, ad eum nimirum effectum, ut ceterorum legitima minuatur, & tanta nec major sit, quam quanta fuisset nemine exheredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæstio non minus, quam illa superior & proxime præcedens, alta, profunda, & difficilis, de qua consultus *Raphael Cumanns* non habuit, quod responderet, teste *Jasone* in *auth. novissima C. de inoff. test.*.

Dynus, & Salicetus in *d. auth. novissima* putant, eum qui juste exheredatus est, non connumerari, id est, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur secundum hanc sententiam, si pater unum ex duobus filiis merito exheredaverit, alteri exheredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non sescuncia; hodie triens, non sextans. *Bart.* in *l. pater filium* 14. ff. *de inoff. test.* contra putat eum, qui juste exheredatus est, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem aliis facere. Proinde ex *Bartoli* sententia, si pater ex duobus filiis alterum juste

exheredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta est, habebit duntaxat fescunciam, hodie sextantem per *l. 8. §. quoniam autem 8. ff. de inoff. testam.*. Alii putant melius esse si media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ statuatur ex facti contingentia. Et quidem si exheredatus repudiaverit querelam, aut eam instituerit quidem, sed iudicio victus succubuerit, magis esse ut hoc casu partem non faciat, sed pars ejus accrescat fratri in legitima instituto, per *l. filio 16. pr. ff. cod.*; quippe hunc demum juste exheredatum dici, qui non potest amplius cum successu queri, & ad eum proprie quæstionem propositam pertinere, propterea quod hujusmodi exheredati pro mortuis habentur per *l. qui repudiantis in fin. 17. ff. de inoff. test. l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjug. cum emanc. lib. l. si post. 10. §. liberi 4. & §. seq. ff. de bon. poss. cont. tab.*; & sic procedere sententiam Dyni & Saliceti. Ceterum si exheredatus nec repudiaverit querelam, nec post eam mortuus sit, hoc casu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam sit accepturus, nec ne, interim partem eum facere, argumento ducto a contrario sensu ex *d. l. qui repudiantis, & l. si ponas 23. §. ult. de inoff. test.*; atque hoc modo defendi posse opinionem Bartoli.

Pendet autem decisio hujus tam arduæ quæstionis ex alia huic affini & tantum non eadem; nimirum an & quando in querela inofficiosi locus sit juri accrescendi? Quam ob causam e re erit de ea prius cognoscere, quam quid certi definiamus de proposita. Et quidem si quis cum duos haberet filios, utrumque exheredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc casu frustra disputatur de jure accrescendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficiosum testamentum dicere potest, vel ad supplementum agere. Sed ponamus casum diversum. Pater duos habens filios utrumque exheredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc casu cum uterque queri possit, si unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum semissem hereditatis petere debeat; ita tamen ut si alter postea accusare nolit, aut tempore exclusus sit, pars ejus accrescat ei, qui egit & obtinuit, *l. filio 16. l. si ponas 23. §. ult. ff. de inoff. test.*; & de hoc eodem

casu agit *Paulus* in *l. qui repudiantis 17. ff. eod.*, ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod si tamen alteruter in solidum egerit, antequam alter querelam repudiaffet, & casu aliquo obtinuerit, puta quod scriptus heres eum non repellebat; alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, *arg. l. 6. §. 1. ff. eodem.* Ponamus rursus alium casum. Pater e duobus filiis exheredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita satisfecit primo, non autem secundo. Secundus non queritur, sed primus, & dicit sibi non esse relictam integram legitimam: cum enim secundus, qui solus queri potest, non queratur, ait sibi quasi nunc soli filio deberi quartam omnium bonorum, non fescunciam aut quartam semissis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta est, neque querelam movere potest, neque ex constitutione *Justiniani* ad supplementum agere. Ratio est, quia factum illud patris legitimam secundo exheredato non relinquentis non debet prodesse primo, qui portionem debitam habet. Et hoc casu exheredatus alteri partem facit: quia scilicet necesse est eum alteri partem facere; cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluso, per quam solam ad hereditatem poterat pervenire, accrescere non possit; & hic est casus, qui tractatur in *l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. test.*, Quod si exemplum ad jus πῶν νεαρῶν accommodare velimus; ponendus casus, quo pater extraneo herede scripto unum ex filiis in legitima instituit, alterum exheredavit, & sic porro. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, sententiam sequuntur, si secundus, qui legitimam non accepit, taceat, & querelam, quam movere potest, non instituat. At secus esse existimant, si secundus repudiaverit querelam, aut in ea victus sit, aut præscriptione quinquennali exclusus: tunc enim primo fescuncem non sufficere ad legitimam, sed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non est, de inofficioso agere, & totam hereditatem vindicare posse, *l. qui repudiantis 17. l. si ponas 23. §. ult. ff. de inoff. test.* Ex constitutione autem *Justiniani*

Stiniani quia utique partem legitimæ habet, superesse ei actionem ad supplementum, *l. omnimodo 30. C. eod. tit.* Cur autem secundo repudiante querelam, aut ea quocumque modo amissa, primus jam recte de inofficioso agat, aut suppletionem petat, hanc esse rationem, quia secundus postquam queri posse desiit, pro mortuo habetur per *d. l. qui repudiantis in fin. pr. ff. eod. l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjung. cum emanc. lib.* Sed male mea quidem sententia: nam juri accrescendi locus dari non potest, nisi ab initio utrisque querela competierit. Si vero unus exheredatorum querela ab initio exclusus sit, eo quod legitima ei relicta, huic alter, qui non queritur, partem facit non modo interim & quandiu alter adhuc queri potest, sed etiam quando queri posse desiit. Sic enim *Ulpiani* hanc quæstionem decidentis in *l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. test.* verba hæc, *an exheredatus partem faciat, qui non queritur, &c.* accipienda sunt; nempe qui non queritur omnimodo, sive quia semel agere noluit, sive quia iudicio victus aut tempore exclusus est. Omnino enim distinguendum est inter querelam, in qua locus est juri accrescendi, & legitimam relictam, in qua non item, *V. C. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exheredato, sed uni 125. nomine legitimæ relictis decessit, quæ quarta pars est portionis ab intestato huic uni debitæ.* Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta esset quocumque titulo, querela excluderetur: si vero vel minimum deesset, admitteretur, in quo utroque aliquid postea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioso potest, non queratur, an per hoc alter querelam nanciscetur, quam non esset habiturus priore querente? Sic visum mediæ sententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam solus sit, nomine legitimæ jam illi debeantur 250.: sed contra deciditur in *d. l. 8. §. quoniam*, scilicet nihil amplius eum consecuturum, & per illa 125. quæ ipsi nomine legitimæ relicta sunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum, & neutri quid legitimæ nomine relictum esse; hoc casu si unus non queratur exclusus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit; ac proinde alter, cui querela integra, testamentum in totum subvertit, atque ex asse ab intestato succedit.

Ex his jam, opinor, apparet, quid statuendum sit de quaestione proposita, utrum is, qui iuste exheredatus est, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta est, faciat nec ne? nimirum numerari, & in computatione legitimæ partem aliis facere secundum sententiam *Bartoli*. Ratio solida, quia nulla hic est conjunctio, ac proinde nec jus accrescendi. Etenim rite & iuste exheredatus nec ad hereditatem vocatur ex testamento, quippe quo exclusus est; neque ab intestato, quia ad successionem intestati venire non potest, nisi testamento per querelam everso. Sed nec Prætor exheredatione notatos ad bonorum possessionem contra tabulas invitatur, *l. non putavit 8. ff. cont. tab.*. Adde quod cum adversus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis heredis esse debet, cujus esse pater voluit. Juri vero accrescendi tunc locus est, quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec testator cavit. Hic autem testator voluit eam acquiri heredi instituto, per *l. si pactum 9. ff. de probat. auth. hoc amplius C. de fideicom.*; ac justa est patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud est, si utrumque filium immerenter exheredavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriusque filii injusta est. Denique delictum unius non debet prodesse alteri. Non obstat, quod alicubi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: id enim verum est, quantum attinet ad successionem ejus, a quo exheredatus est: ceterum non est trahendum extra terminos suos. Nec argumentum ductum a bonorum possessione contra tabulas, in qua exheredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exheredati a contra tabulas bonorum possessione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere possunt. Sed nec quando unus de inofficioso queri potest, iuste exheredatum ei partem facere dicimus, sed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioso agendi & legitimam hereditatem petendi habet. Ita recte post *Bartolum Donellus lib. 19. comm. cap. 9.* & *Hilligerus in not. ibid. Bachov. ad Treutl. disp. de inoff. test. thes. 15.*: atque hanc opinionem, ut saniozem, laudat *Pet. Greg. Tholosanus lib. 44. syntagm. cap. 5. num. 8. Diss. cum Dyn. Salicet.*

et. *Sichardus in d. auth. novissima num. 27.* . De filiabus statuto exclusis res minus dubia : quoniam cum filiæ extantibus masculis statuto in totum exclusæ, nullum jus succedendi aut querendi habeant, partem facere non possunt; sed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac si non essent, & intelligitur statutum voluisse ceterorum portionem augere, *Bachovius ubi supra.*

C A P. XXII.

*Legitima sit ne bonorum quota, an hereditatis?
& an recipiat ullum gravamen?*

AD neutram harum quæstionum simpliciter aut affirmando aut negando responderi potest. Nam ad priorem quod attinet, si ponamus filio juste exheredato legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exheredatus obtinet, sed bonorum quota est, ut & quarta ex constitutione *Divi Pii, l. 2. §. 1. ff. fam. ercisc. §. 3. Inst. de adopt.* . Idemque dicendum est, si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjuncto ei coherede simpliciter scripto, vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse jussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque a creditoribus hereditariis conveniri queat, *l. pen. C. de hered. instit. §. si quis 9. Inst. de fideic. hered. l. si legatus 30. §. multum interest 3. ff. ad Senat. Treb.* . At ex diverso si filius heres institutus sit vel in ipsa legitima, quæ olim erat quarta pars debitæ ab intestato portionis, hodie ejusdem portionis triens aut semis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & semis.*, vel ex parte aliqua hereditatis, puta ex uncia, sextante &c., hic ut filius revera heres est, ita & legitima erit quota hereditatis. Fieri enim non potest, quin ea pars, quam tanquam heres jure hereditario habeo, & titulo institutionis, sit pars hereditatis. Male igitur *Gail. 2. obser. 119. num. 12. & obs. 120. num. 2.* post *Salicetum* & alios in *l. scimus 36. in fin. C. de inoffic. testam.* generaliter & simpliciter definit, legitimam esse quotam bonorū, eo quod accipitur deducto ære alieno, *l. 8. §. quar-*

ta 9. ff. de inoff. testam., & bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, l. subsignatum 39. §. 1. ff. de verb. sign.. Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, §. ult. Instit. de leg. Falc.; cum tamen in confesso sit, quartam Falcidiæ esse partem hereditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod heres jure hereditario capit, l. in quartam 91. pr. ff. ad leg. Falc.. Antequam enim summa constituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti sit habendum: siquidem ex eo filius legitimam, τὸ νόμιμον μέρος, heres quartam habere debet. Ex eo autem non sequitur, filium ex portione legitima institutum, eam portionem non habere jure hereditario, aut tanquam partem hereditatis, ut nulla onera hereditaria sustineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæstionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen?

In hac quoque quæstione distinctio adhibenda est, & primum discernenda onera, quæ ex dispositione testatoris proficiscuntur, ab iis, quæ exurgunt ex ipso jure hereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oriatur, l. quoniam 32. C. de inoff. testam.. Et ratio est, quia legitima non ex judicio testatoris, sed ex provisione legis debetur, cui consequens ut gravamen legitimæ impositum pro non adjecto habeatur. Fac. d. l. 32. & auth. novissima C. cod. Gail. 2. obs. 119. num. 2.. Et igitur non poterit legitima gravari fideicommissio, vel alio substitutionis onere; in tantum, ut nec nuda ejus proprietas liberis relinqui queat deducto usufructu. Cujus rei hæc ratio est, quia si usufructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præstatio contra d. l. 32.: & mirum est dissentire Capollam cautel. 21.; cum disertis verbis Justinianus constituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec sufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, sed necesse sit simul relinquere ipsum jus utendi fruendi, Nov. 18. cap. 3. auth. novissima C. de inoff. testam.. Atque hoc modo accipiendum est, quod identidem inculcatur, legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliud-

aliudve gravamen, *l. omnimodo 30. d. l. quoniã 32. d. l. scimus 36. C. de inoff. testam.*: nempe non recipere ex voluntate aut dispositione testatoris: neque hic refert, jure hereditario legitima obtineatur, atque ut pars hereditatis, an ut quota bonorum. Ceterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipso jure hereditariæ portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent, quando ea obtinetur titulo institutionis, & jure hereditario; veluti cum filius ex ea aut parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio juste exheredato relicta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto coherede indefinite, aut ex parte hereditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique quando filius ut heres legitimam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hereditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani potest ullum onus imponi ex dispositione testatoris, nec ea fideicommissio gravari potest; & tamen heres fiduciarius pro rata parte sustinet onus æris alieni, & pro quadrante a creditoribus hereditariis conveniri potest, *§. sed quia 7. Inst. de fideic. hered.*. Nullam autem neque hic quarta senatusconsulti, neque illic triens aut semis legitimus, deminutionem patitur. Non obstat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno, *l. 8. §. quarta 9. ff. de inoff. testam.*. Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur quantum sit in legitima; nihilque aliud eo significatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut sciri possit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur; non quod filius heres in ea portione institutus non teneatur pro rata respondere creditoribus hereditariis. Sic in ineunda ratione quartæ Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni, *§. ult. Inst. de leg. Falc.*; non ob id, quod heres nomine æris alieni a creditoribus hereditariis conveniri nequeat, sed tantum ut sciatur, quantum testator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id solum habere intelligimur, quod deducto ære alieno superest, *l. subsignatum 39. §. 1. ff. de verb. sign.*.

CAP. XXIII.

*Petitio hereditatis an detur contra possidentem
titulo singulari?*

Petitio hereditatis est actio in rem, qua hereditatem nostram & per hereditatem res singulas hereditarias petimus ab eo, qui quid earum pro herede vel pro possessore possidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hereditatem, quam petit, suam esse intendit, utpote vel ex testamento vel ab intestato sibi delatam, & sibi sive per se, sive per alios acquisitam, *l. 2. l. 3. ff. de hered. petit.* Esse hanc petitionem actionem in rem plerisque locis diserte traditum est, *l. sed & si 25. §. propen. ff. de hered. petit. l. 1. l. sin autem 27. §. 3. ff. de rei vind. l. 1. §. ult. ff. si pars hered. petat.* Ceterum ita in rem est, ut tamen habeat præstationes quasdam personales, *d. l. 25. §. propen.*, propter quas mixta personalis appellatur, & demum 30. annorum præscriptione summovetur, *l. 7. C. de pet. her.*, & inter bonæ fidei judicia numeratur, *§. actionum 28. Inst. de action.*; licet ceteræ in rem sint arbitrariæ, *§. præterea 31. Inst. eod.*. Datur adversus eum, qui quid hereditarium pro herede prove possessore possidet, dolove malo fecit, quo minus possideret, *l. 9. l. 13. §. pen. l. sed & si 25. §. perinde 8. ff. d. tit.* Pro herede possidere dicitur, qui putat se heredem esse, *l. pro herede 10. ff. eod.*. Pro possessore possidet tum prædo, qui nullam aliam causam affert, quam quod possideat, *d. l. 10. §. 1. & 2. ll. seqq. eod.*; tum is qui affert quidem aliquam, sed injustam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro possessore hæret & adjunctus est, id est, omnes hi tituli recipiunt & in se habent titulum pro possessore; ut qui eos allegat, pro possessore possidere, & hereditatis petitione teneri intelligatur, *l. nec ullam 13. §. 1. ff. eod.*. Ubi obiter notandum, etsi omnis prædo pro possessore possideat, non omnem tamen, qui pro possessore possidet, prædonem haberi, veluti si titulum, licet inutilem, alleget, *d. l. 13. §. si quis 8. ff. eod. add. Goedd. ad l. 109. de verb. sign. nu. 7. & seqq.*. Quod si quis justo aliquo titulo rem hereditariam possideat, veluti
pro

pro emto vel donato, res vindicanda est speciali in rem actione; quæ simpliciter adversus quemcunque possessorem datur, *l. 7. C. eod. tit. l. 4. C. in quib. ca. cess. long. temp. præscr.*. Hanc autem dissimilitudinem peperit dissimile jus petitorium. Nam qui speciali actione in rem agit, aut dominus est, aut jus affine dominio habet, cui semper æquum est rem restitui. Semper enim dominus plus juris habet in re sua, quam quilibet etiam justissimus possessor, *l. 9. ff. de rei vind. l. 3. C. eod.*. At qui heres est, non idem continuo & dominus rei hæreditariæ. Quid enim si defuncto commodata sit, aut apud eum deposita? Equidem fieri posse non nego, ut heres idem sit, & dominus: sed quia contra etiam fieri potest, ut is sit dominus, qui rem pro emtore, pro donato, pro legato possidet; in pari causa possessor potior haberi debet, *l. in pari 128. ff. de reg. jur. DD. in d. l. 9. Sichard. in l. 2. C. eod. Zas. parat. ff. eod. num. 7.*. Sed enim hoc ipso quod quis heres est, plus juris habet, quam is, qui pro herede possidet, aut pro possessore; siue causam suæ possessionis afferat, siue non. Nec vero alios titulos possessio hereditatis admittit, cum nemo alius nominis jurisque hereditarii controversiam faciat, nisi qui pro herede vel pro possessore possidet, *d. l. 9. de hered. petit. l. 7. C. eod. Cujac. 10. obs. 1.*

Atque hoc quidem jus in directa petitione hereditatis perpetuum est. Utilis autem petitio hereditatis datur bonorum possessori, quæ vocatur possessoria hereditatis petitio: item fideicommissario, id est, ei cui ex senatusconsulto Trebelliano restituta est hereditas, quæ fideicommissaria hereditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in π . Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum possessor non verus, id est, qui putat se bonorum possessorem esse, cum non sit, *l. pro herede 11. ff. eod. tit.*: fideicommissarius, qui hereditatem a falso herede accepit, *d. l. nec ullam 13. §. sed & si 6. ff. eod. l. 1. C. de inoff. test.*: item emtor, qui hereditatem aut partem universi juris emit a non vero herede, *d. l. 13. §. si quis 8.*. Sed ita demum emtorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest, aut si non expediat petitori hereditatem a venditore peti, quem directa petitione teneri certum est, *d. l. 13. §. quid si quis 4.*

EX-

Excutiamus jam, quod in quaestione est, an petitione hereditatis teneatur, qui quid hereditarium possidet titulo singulari? Non una autem hic utendum distinctione. Possessor aut nullum titulum allegat, qui in specie dicitur pro possessore possidere, aut allegat titulum, sed universalem, scilicet pro herede; & uterque hac petitione tenetur: aut allegat titulum singularem, & hunc vel in universitate sive hereditate, aut parte hereditatis, & nonnullo casu utili petitione hereditatis, ratione objecti sic dicta, conveniri potest, *d.l. 13. §. quid si quis 4. ff. l. 2. C. eod.*; vel in re in singulari, & hunc iterum vel proveniente ex actu inutili & jure invalido, veluti si quis rem ab uxore donatam pro donato se possidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere sibi nupta, & tenetur tanquam possidens pro possessore, *d.l. 13. §. 1.*; vel ex actu utili & jure valido, puta eo, quod se rem emisse, aut sibi donatam legatamve esse, atque hisce titulis se possidere affirmet; & non tenetur sive bona sive mala fide possideat, *l. 7. C. de petit. hered. l. 4. C. in quib. cas. cess. long. temp. præscr.*. Illud porro hic cavendum, ne confundamus possessorem rei singularis cum possessore titulo singulari: hic enim petitione hereditatis non tenetur, etiamsi, ut modo dixi, possideat mala fide, sed res ab eo vindicanda est speciali in rem actione: ille vero hac actione tenetur, tametsi bonam fidem habeat, seque heredem esse putet. Finge unam aliquam rem hereditariam & vel minimam pro herede ab aliquo possideri; is hac petitione tenetur non minus, quam si totam hereditatem ejusve bonam partem eodem modo possideret, *l. 9. & l. seq. in pr.*. Ratio est, quod is, qui vel unam rem hereditariam pro herede tenet, possidet totam hereditatem, & universi juris successionem sibi asserit, aut asserere potest; ac proinde hic etiam universalis actio institui debet, licet exequutio tantum fiat in re unica possessa, *Cacheran. decis. 84.*. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hereditas; at per consequentiam etiam singulæ res hereditariæ; ut in definitione expressum est, *l. 7. §. ult. ff. de except. rei judic.*

C A P. XXIV.

*An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit,
qua consequatur impensas in rem
alienam factas?*

DE qualitate impensarum, quæ in rem alienam, fructuum
quærendorum aut colligendorum conservandorumve
gratia factæ sunt, non est laborandum, cum hæ omnes citra
ullam distinctionem ab omnibus possessoribus deducantur,
l. si a domino 36. §. ult. ff. de hered. petit. l. 7. pr. ff. solut. matr., ubi
hæc ratio a veteribus redditur, quod fructus non intelliga-
tur, nisi quod deductis impensis superest. Ubi vero in rem
ipsam impensæ factæ proponuntur, hic illa tripertita impensa-
rum distinctio constituenda est, quod aut necessariæ sunt,
aut utiles, aut voluptuariæ, *l. 1. ff. de impens. in rem dot. fact.*
l. impensæ 79. ff. de verb. sign.; quia non omnium in dedu-
ctione eadem ratio. Necessariæ sunt, quæ si factæ non essent,
res aut interitura fuisset, aut deterior futura. Utiles, quæ
fructum quidem augent, sed quibus non factis, res non mi-
nus integra foret. Voluptuariæ, quæ speciem, τὸ εἶδος dun-
taxat ornant, sine ulla utilitate, *d. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. l. 4. 5. 6. & 7.*
de impens. in rem dot. d. l. 79. per tot. de verb. sig., ubi & exem-
plis hæ definitiones illustrantur. Necessariarum impensarum
deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam iis, qui ma-
la fide possident, *l. plane 38. pr. ff. de her. petit. l. 5. C. de rei vind.*:
quoniam hæc deductio non personæ possidentis, sed causæ
tribuitur, ne scilicet petitor cum damno possessoris (cui nulla
hoc nomine culpa objici potest, quod rem alioqui peritu-
ram servavit) lucrum faciat, *d. l. 38. ff. de hered. petit.*. Non
obstat *l. 1. C. de infant. expos. l. ex argento 13. ff. de cond. furt.*:
loquuntur enim de rebus mobilibus, & fure, cujus conditio
propter continuationem furti non debet melior fieri, *l. infi-*
ciando 67. §. 2. ff. de furt. Fachin. 1. controu. 54. In utilibus au-
tem servandis melior est conditio bonæ fidei possessoris,
quam possessoris malæ fidei. Bonæ fidei possessor, qui in rem
alienam utiles impensas fecit, V. C. in aliena area ædificium

posuit, eas deducere, id est, servare potest per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus rem suam vindicet, non oblata restitutione pretii materiae & impensarum, *l. sumtus 48. ff. de rei vind. d. l. 38. ff. de hered. petit.* Et hoc est, quod Gajus in *l. 7. §. ex diverso 12. ff. de acq. rer. dom.* & Justinianus §. 30. *Instit. de rer. divis.* ajunt, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat aedificium, nec solvat pretium materiae & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utiq; si bonae fidei possessor fuerit, qui aedificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra aequitatem naturalē, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, *l. 14. ff. de cond. ind. l. 1. ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l. in fundo 38. ff. de rei vind.*; & ita demum, si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *d. l. sumtus 48. l. emtor 65. ff. eod. tit.* Nam qui suum duntaxat recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo 129. ff. de reg. jur.*; nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensae minuantur. Apparet autem ex *d. l. 38. ff. de rei vind.* jus hoc non esse perpetuum, sed regulare duntaxat, atque pro varietate circumstantiarum aliud atque aliud aequitate suadente statui posse, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda boni judicis. Malae vero fidei possessoris deterior in hoc genere impensarum conditio est: quippe cui nulla eo nomine deductio concessa, *l. 5. C. de rei vind. l. Julianus 37. in fin. ff. eod. l. 7. §. ex diverso 12. ff. de acq. rer. dom.* Ratio est, quia si is item simili exceptione se tueri velit adversus dominum vindicantem, culpa ei objici potest, & a domino replicari, quod temere & sciens aedificaverit in solo alieno, ac proinde tantum non sua ipsius voluntate materiae proprietatem amiserit, §. *ex diverso 30. Inst. de rer. divis.*; aequum quidem esse, ut sumtus per errorem facti retentione rei serventur, *l. sin autem 27. §. ult. ff. de rei vind.*; at qui improbe facti sunt, restituendos non esse, *l. 5. C. de aedif. privat.* Enim vero si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi hujusmodi sumtus fecisse, aliud dixerim,

rim, per *l.2. C.de rei vind.*: veluti si ædificaverit in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa potius fecisse, quam animo donandi. Quid igitur est, quod *Paulus* scribit in *d.l.38. ff.de hered.petit.*, etiam in persona prædonis rationem haberi utilium impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Respondemus, *Paulum* non dicere prædonem etiam tales impensas deducere, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare posse: sed hoc tantum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium; nempe hætenus, ut necessarias quidem deducat, quarum deductio possessoribus omnibus tributa, *l.5. C.de rei vind.*, utiles vero sine læsione rei tollat: hoc enim solum ei permiffum est, *d.l.5. d.l.Julianus in fin. de rei vind.*; nec aliter tamen, quam si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri laturus sit, neque tantum ei offerat petitor, *d.l.38. ff.eod.*. Etenim cum stricto jure ne tollendarum quidem utilium impensarum prædoni potestas sit, recte dicitur in ejus quoque personam harum impensarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod si petitor pro jure suo *d.l.38. ff.eod.* pati nolit, ut eas impensas possessor tollat, hic jam & earum deducendarum potestas ei permittitur, ne quod ait Jurisconsultus in *d.l.38. ff. de hered. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum fentiat, quæ ratio in impensis utilibus hoc demum casu locum habet: non autem si paratus sit petitor, ut tollantur. Voluptuariarum impensarum, quatenus tales sunt, nulla deductio est, cessante videlicet causa, quæ huic deductioni locum facit. Plane si probetur petitorem easdem impensas facturum fuisse, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia plus consequuturum, *arg. d.l.38. & l.29. ff. de rei vind.*, impensæ, quæ per se voluptuariæ sunt, naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas servandas, si modo bonæ fidei possessor sit, qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuisse eum in rem alienam supervacuas impensas facere. Utique tamen qui per exceptionem servare has impensas non potest, ei potestas est tollendi, quod sine detrimento rei tolli potest, etiamsi malæ fidei possessor sit,

ut

ut diferte a Gajo responsum est, *l. utiles 39. §. i. ff. de hered. petit.*: idque contra juris apices ex humanitate concessum.

Haëtenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impensæ a quocunque possessore deduci, id est, posita doli mali exceptione per retentionem rei servari possunt, nempe impensæ necessariæ, & a bonæ fidei possessore regulariter quoque utiles: voluptuariarum, qua talium, deductionem non esse, tolli tamen posse sine læsione prioris status rei. Huic autem deductioni seu rationi servandi impensas per exceptionem locus esse non potest, nisi is, qui impensas fecit, rem, in quam eas fecit, possideat, & ab eo dominus rem suam vindicet. Quid ergo si is, qui sumtus fecit, domino possessionem tradiderit non deductis impensis, an non hoc casu actio aliqua ei jure prodita, qua ultro cum domino experiatur, & sumtus a se factos repetat? Nusquam certe id in libris juris nostri traditum est. Et quænam, quæso, huic actio accommodari posset salva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, & junxit alienum suis ædibus aut vineæ suæ, *l. i. ff. de tign. junct. l. in rem 23. §. pen. ff. de rei vind.*. Sed nec actioni in factum secundum definitionem *d. l. 23. §. item quæcunque 5. vers. ideoque*, hic locus esse potest; quomodo enim in factum actio adversus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? Si qua hic actio sub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum gestorum, aut condictio indebiti: sed neutra quoque harum competere potest. Non negotiorum gestorum: quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit, qua ratione quoque ei denegatur repetitio, *l. 5. C. de rei vind.*; & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent, *l. 4. C. de negot. gest. l. in hoc 14. §. i. vers. diversum est ff. comm. divid.*: neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. pr. ff. de reb. cred.*. Non condictio indebiti, nam, ut differit *Julianus* in *l. si in area 33. ff. de cond. indeb.*, qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert;

fert ; sed tantum, quod suum est, dominus suo jure recipit. Et extat generalis definitio *Pomponii*, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *l. ex quibus 51. ff. de cond. indeb.* : nec enim solus error solventis aut tradentis conditionem parit, nisi simul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus est ire per inductionem ? De singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem : hæc verba sunt *Juliani l. si in area 33. in fin. ff. de cond. ind. Paulus in l. 14. ff. de exc. dol. mal.* ait non posse eum, qui in alieno solo ædificavit, aliter sumtus consequi, quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet. *Papinianus in l. sumtus 48. ff. de rei vindicat.* negat expresse sumtus in alienum prædium factos peti posse, nec si facti sint a bonæ fidei possessore, sed tantum exceptione doli opposita æquitatis ratione posse servari. Idem non obscure indicat *Pomponius l. 21. ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas solas habent*, quo loco pro *similem eum esse rescribere non similem*, cum viris eminentibus *Ant. Fabro & Hugone Grotio in spars. flor.*. Hoc autem remedium cum non alii competere possit, quam possidenti, non licet nobis contra manifestam rationem juris & tot expressos locos, contra *l. 1. l. 9. l. ult. C. de legib.* aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet actione ad impensas ultro repetendas, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur : scilicet jure nostro facilius alicui actione ab alio instituta, exceptione opposita in eodem judicio succurritur, quam actio inducitur, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur ; ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit ; nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento sit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciscenti prodest, *l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. & seq. ff. de pact.*. Et sic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem satis

roboris non habet: & est instar spiritus, qui attollendo solo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras in continente nasci *Plinius* scribit *l. 2. nat. hist. c. 85. & seq.*

Non desunt tamen hic dubitandi causæ, & primum hic nobis objici potest regula generalis ex *l. 1. ff. de cond. sin. caus. l. si & me. 32. ff. de reb. cred. l. nam hoc 14. ff. de cond. indeb. l. id quod nostrum 10. ff. de reg. jur.*: nempe rem meam, quæ ad te pervenit sine facto meo, sine causa, reddi mihi oportere. Respondeo, nec sine facto meo, hic rem ad alium pervenisse, quia ædificavi in alieno; nec sine culpa, quia aut temere id feci, si non bona fide possedi, aut negligenter, si possessionem tradidi aut amisi; nec sine causa apud alium esse: quia quod beneficio rei suæ, & jure accessionis cuique acquiritur, id justa ex causa quæsitum censetur, *l. in rem 23. §. 3. & 4. ff. de rei vind. l. 7. §. voluntas 8. & seqq. de acq. rer. dom.*. Denique potest bonæ fidei possessor fructus perceptos ante litem contestatam & adhuc extantes compensare cum expensis, *l. sumtus 48. ff. de rei vind.*.

Secundo obstare videtur *l. 5. C. de rei vind.*, ubi etiam malæ fidei possessori datur impensarum saltem necessariarum repetitio. Respondeo: ex eo quod dicitur impensarum esse repetitio, non continuo sequitur eo nomine etiam actionem esse: sufficit enim esse repetitionem suo modo, videlicet per exceptionem & retentionem; quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione, *l. 1. ff. de except. l. amplius 15. ff. rat. rem hab.*: nec aliter in *d. l. 5. C. de rei vind.* hoc verbum accipi potest; quoniam ibi agitur de ædificatore constituto in possessione.

Tertio putat *D. Cujacius lib. 10. obs. 4.* posse non possidentem, saltem eum, qui per errorem non deductis sumtibus rem restituit, possessionem repetere conditione incerti; atque ita adhuc contra agentem opposita doli exceptione sumtus servare, *argum. l. si uxor filio 19. §. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui exceptio 40. §. 1. de condition. indeb. l. heres 21. ff. ad SC. Trebell.* Hoc commentus est vir doctissimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione sumtus in prædium

dium alienum a possessore facti jure actionis repeti possint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc casu ei consulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non posse videre, quid loci isti pro hac *Cujacii* sententia faciant. Nam in *d. l. si uxor filio*, ne *γρὸ* quidem de impensis in rem alienam factis: & *d. l. heres* tantum abest, ut *Cujacii* sententiam juvet, ut etiam ei adversetur, sicut supra ostensum est, add. *Ant. Fabrum decad. 26. err. 10.* Denique aliena plane est ab hac disputatione *d. l. qui exceptionem §. 1.*, & sic quæ forte similes. Multum enim interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de qua loquitur *d. l. qui exceptionem §. 1.* (loquitur enim de herede fiduciario, qui domum, quam ex fideicommissio debebat restituere, sua impensa refecit) an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic a nobis propositus est, per *text. in l. 14. §. 1. ff. comm. divid. l. 5. C. de rei vind. l. 4. C. de negot. gest.*

Postremo *Martinus* Glosator, eumque sequutus *Joannes Goeddæus* in *l. impensæ 79. ff. de verb. sign. objiciunt* verissimæ huic sententiæ *l. 6. §. 3. ff. de neg. gest. l. 8. ff. de pign. act. l. 7. §. ult. ff. solut. matrim.*, ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in proposito non possidenti dādam: sed frustra. Nam in *d. l. 6. §. 3.* agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas, aliumque sibi obligandi animo, accessit, licet eo proposito, ut lucrum inde faceret, & res quasdam interverteret: in reliquis duabus de iis agitur, qui sumtus fecerunt in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria, vel negotiorum gestorum, impensas in eam factas consequi posse. Ita post *Cyn. Salic. Castrensem* in *d. l. 5. C. de rei vind. Donell. 20. comm. 7. Ant. Fab. decad. 26. err. 9. & seqq.* Ceterum *Martini* sententiam æquitatis commendatione nunc in foro prævalere testantur *Molinæus* ad *consuet. Parisiens. tit. 1. §. 1. glos. 5. num. 104. Zypæus notit. jur. Belg. de rei vind. Groenevv. de leg. abrog. ad §. 30. Instit. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CAP. XXV.

An bonæ fidei possessor fructus omnes tam naturales quam industriales percipiendo suos faciat?

ETiam tritas & vulgares quæstiones incudi reddere prohibitum non est: & aliquando expedit, propter inventa temporis & usus. Cujusmodi quæstiones duas in præsentia tractare visum est; unam hoc capite, an bonæ fidei possessor indistincte fructus omnes, quos percepit, suos faciat? alteram capite proxime sequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem suam vindicanti restituere debeat?

Si quis a non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Ita Justinianus in §. 35. *Inst. de rer. divis.* convenienter sententiæ veterum, *l. qui scit 25. §. 1. l. in pecudum 28. ff. de usur. l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. dom. cum simil.* Quod de fundo, ait, idem est & in re quavis alia fructum producente. Res igitur, quæ hic perceptione acquiritur, sunt fructus, id est, id omne, quod ex re nascitur, sive quod res fert. Persona acquirentis est bonæ fidei possessor, id est, qui rem animo dominantis tenet, & justam causam habet, ob quam existimet rem ad se pertinere, puta eum a quo eam justo titulo accepit, dominum fuisse, aut jus habuisse alienandi, *l. bonæ fidei 109. ff. de verb. sign.* Malæ igitur fidei possessores huc non pertinent, *d. §. 35. l. 22. C. de rei vind. l. 3. C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi est perceptio. Perceptioni enim hæc acquisitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Justinianus *d. loc.* Percepti fructus dicuntur, simul atque a re, qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fæno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus aut pomis dejectis, aut decerptis, licet nondum collecti aut evecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *l. si fructuarius 13. ff. quib. mod. ususfr. am. l. qui scit 25. §. 1. ff. de usur.*

usur. l. si ejus fundi 78. ff. de rei vind.; in animalibus, cum foetus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l. in pecudum* 28. ff. de usur. *l. bonæ fidei* 48. §. 2. ff. de acq. rer. dom.: quamquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum a re separatio, *d. l. 48. pr. vers. denique d. l. 78. ff. de rei vind.*. At enim perceptio non est sola nec præcipua hujus acquisitionis causa, neque sola culturæ aut curæ hic ratio habetur: alioqui idem etiam probandum esset in malæ fidei possessore: sed principalis causa est in persona possessoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat, *d. l. 25. §. 1. ff. de usur. d. l. 48. ff. de acq. rer. dom.*; & tantum præstat possidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non est, *l. bona fides* 136. de reg. jur.. Perceptio vero magis est causa sine qua non.

Quæsitum autem est, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hac acquisitione mutet, an vero omnes indistincte ad eam pertineant. Fructum a ferendo dictum esse scribit *Varro lib. 4. de ling. lat.*, ut sit id omne, quod res fert. Nostri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem redditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei percipiuntur: cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, redditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc proprie fructus non sunt, *l. si navis* 62. ff. de rei vind. *l. usura* 121. ff. de verb. sign.; in fructus tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. usura* 34. *l. prædiorum* 36. ff. de usur. *l. mercedes* 29. ff. de hered. petit., eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *d. l. 62. de rei vind. l. ancillarum* 27. §. 1. & 3. ll. seqq. ff. de hered. pet.. Ceterum de isto genere hic non queritur. Fructus naturales sunt, quos natura ex re ipsa producit. Et horum quidam fere solo naturæ beneficio & αὐτοματως, sponte magis, quam factō & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum &c.: aut natura qui-

dem adjutrice, ceterum opera magis & diligentia ac cultura hominum; cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris fata, item fructus pecudum: quippe quæ sine cura & cultu hominum salvæ esse non possunt. Illos naturales in specie, hos industriales, Interpretes appellaverunt; propterea quod nisi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura, atque industria hominis interveniat, sola natura hos non producit. Et huc pertinet illud *Senecæ 2. de benefic. 11. Nihil in fructum pervenit, quod non a primo usque ad extremum æqualis cura profecquitur.* Petita autem est hæc distinctio ex *l. fructus 45. ff. de usur.*, atque evidenti ratione nixa est. Hoc igitur hic quæritur, an fructus tam naturales, sic in specie dicti, ad hanc acquisitionem pertineant, & percepti bonæ fidei possessoris fiant, quam industriales, de quibus nulla hic controversia? Ego in ea sententia semper fui, ut existimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare, bonæque fidei possessorem non minus fructus naturales, quam industriales, percipiendo suos facere. Rationes hæ sunt.

I. Quia generaliter & sine ulla fructuum distinctione loquitur Imperator *d. §. si quis a non domino 35.*, item Jurisconsulti in *d. l. bonæ fidei 48. ff. de acquir. rer. dom. l. 13. ff. quib. mod. ususfr. am. l. si ejus 78. de rei vind.* II. Quia ratio *Gaii in l. in pecudum 28. ff. de usur.* dicentis ideo fœtum pecudum, lac, pilum, lanam, fieri bonæ fidei possessoris, quia in fructu sunt, & ipsa fructus omnes complectitur. III. Faciunt huc *text. in l. 13. ff. quib. mod. ususfr. am. l. si ejus 78. ff. de rei vind.*, ubi & olea mox cum percepta sive excussa est, & fœnum, simul atque cæsum & a solo separatum est, bonæ fidei possessoris fieri expresse traditum est. At olea vel maxime fructus naturalis est; quippe quam nec rastros desiderare, aut falcem, ullamve curam, testantur *Virgilius lib. 2. Georg. Plinius l. 15. nat. hist. cap. 1.* Fœnum autem quin fructus quoque naturalis sit, & spontaneus, nemo, opinor, negabit.

IV. Evincitur hoc idem ex eo, quod de fructibus consumptis traditur, dominum de his agere non posse, sed possessorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipsos, quos percipiendo interim suos fecerat, *d. §. 35. Instit. de rer. div. §. 2. Instit. de*

offic. jud. l.4. §.2. ff. fin. reg. l.certum 22. C.de rei vind. . Et igitur cum omnes lucretur consumptos, omnes quoque perceptos suos interim facit. V. Omnem dubitationem tollit locus *Pauli* in *d.l.48. ff.de acq. rer. dom.* ubi sic scribit: *Bonæ fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* Glossa quidem & DD. communiter hæc verba *Pauli*, sed omnes, restringunt ad fructus industriales, qui alterius quam bonæ fidei possessoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam incoccinum & violentum est. Quis enim non videt, verbum *omnes* a jurisconsulto non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque designari fructus diversi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire? Quod ipsum evincit & ratio, quam mox subjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene sit*, quam eandem rationem & *Julianus* affert, *l. qui scit 25. §.1. ff. de usur.*; cui & illud simile, quod idem *Julianus* ibidem scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, spectari. Unde apparet, industriam aut operam non esse τὸ οὐ ἐνεκα, causam hujus acquisitionis principalem: nam si jure soli fructus a bonæ fidei possessore percipiuntur, utique omnes qui in solo nascuntur, etiam οἱ ἀσπαρτοι καὶ ἀνῆροτοι ad hanc perceptionem & acquisitionem pertinent, ejusdemque omnes in hac causa conditionis sunt. Postremo si bonæ fidei possessor sibi acquirit fructus etiam ab alio factos, in quos ipse neque operam neque curam ullam impendit; quanto magis suos faciet naturales, qui cura illius, si non nascuntur, saltem conservantur?

Objicitur huic sententiæ *d. §. si quis a non domino 35. Inst. de rer. divis.*, ubi *Justinianus* ait, placuisse fructus perceptos fieri bonæ fidei possessoris pro cultura & cura. Respondeo: vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ: putantur arbores, vites, ut omnibus notum est. Oleæ quo-

que attonderi & interradi gaudent, teste *Plinio lib. 15. cap. 1.* Sed & si qui fructus sine cultu aut procuratione humana proveniant, ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus ad hanc acquisitionem pertinent. Nam, ut supra diximus, præcipua & adæquata hujus acquisitionis causa est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidam dominus jure soli fructus percipiat; cui consequens est, ut percipiendo etiam suos faciat eos, in quos neq; culturam neq; curam impendit τὰς αὐτομάτας, five spontaneos, qui in specie naturales ab Interpretibus vocantur. Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc a *Justiniano* expressa est.

Maxime autem huic sententiæ obstare putatur locus *Pomponii* in *l. fructus 45. ff. de usur.*. Verba *Pomponii* hæc sunt: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen quos suis operis adquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex sylva ceciderit, non fit ejus; sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.* Ex hoc loco satis perspicue probari credunt plerique Interpretes, fructus naturales, id est, spontaneos, & qui ex facto & operis bonæ fidei possessoris non nascuntur, ad bonæ fidei possessorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait *Jurisconsultus*? Non cujuslibet bonæ fidei possessoris fieri fructus, qui ex facto ejus non nascuntur. Ne hoc quidem nos negamus, sed hoc dicimus, eum possessorem bonæ fidei, qui ex justa causa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quem dominum esse putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos suos facere. Hoc autem non negat *Pomponius*: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei possessoris tales fructus fieri, sed non cujuslibet, quam enunciationem non esse generalem, sed particularem, ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Qui dicit, Non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere; & cum idem *Pomponius l. 6. pr. ff. de contr. emt.* ait, non cujusunque rei venditionem aut alienationem esse, id non
hanc

hanc habet sententiam, nullius rei esse venditionem, quod falsum esse vel pueri sciunt, sed quarundam duntaxat rerum non esse, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; ceterarum autem rerum esse, *d.l.6. pr. l. si in emtione 34. §. 1. ff. eod.*. Igitur in hac enunciatione, *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit*, cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodo ejus parti alicui; satis apparet, *Pomponium* non eodem jure omnes bonæ fidei possessores censere: & tacite duo genera ejusmodi possessorum facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciunt; alterum, qui hos etiam suos faciunt. Atque ita est: non omnis bonæ fidei possessor fructus omnes percipiendo suos facit; sed is solum, qui justo titulo possidet, causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere. Qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis prodest, contra *l. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ignor.*; & interdum nullos, *l. 13. pr. de cond. indeb.*; licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicumque dolo caret, etsi in jure errat, *l. sed & si 25. §. scire 6. ff. de her. pet. l. ubi lex 24. l. si fur 32. §. 1. ff. de usuc.*: nec sequitur, injuste possidet, seu titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injuste, bona tamen fide possidet; si ignorans rem esse minoris, aut in jure errans rem emit, & fructus industriales propter bonam fidem suos facit, *l. 2. C. si quis ign. rem. min.*. Talis etiam est possessor fundi dotalis a marito alienati, item rei litigiosæ, & qui a falso tutore emit, *l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.*. Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *l. ubi lex 24. ff. de usuc. l. bona fides 136. ff. de reg. jur.*. Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hereditatis, *d. l. 25. §. consuluit 11. de her. pet.*: item in casu *l. si fructus 8. C. de donat. int. vir. & uxor.*; & denique, qui ex ea causa possidet, quæ postea ad non causam redacta est, *l. 3. ff. de cond. indeb.*. Atque

de

de hoc genere bonæ fidei possessorum verba Pomponii, *sicuti nec cujuslibet, &c.*, accipienda sunt; quippe qui & soli similes sunt conjugii rem a conjugee donatam possidenti, & in lucris ceterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur. In eo autem dissimilitudo est, quod conjux fructus industriales, quos percepit, restituere non teneatur; quoniam eos non tantum jure permittente, *l. de fructibus 17. ff. de don. int. vir.*, sed etiam volente conjugee percepit: ceteri, nisi fructus consumpti sint, teneantur, de quo uberius *quæst. seq. vid. Ant. Fab. 4. conj. 17. Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. par. 2. cap. 4. num. 60. Fachin. 1. contr. 57. Timæ. Fab. disp. ann. 14. Thes. 5. Bronch. cent. 3. assert. 78. Vult. disc. schol. cap. ult. Paul. Bus. ad d. l. 45. Thulden. ad d. §. 35. Inst. de rer. div. cap. 50.*; & quod ad praxin attinet, *Groenevv. in ll. abrog. ad l. certum 22. C. de rei vind. Pinell. d. loc. Cyprian. Reg. ad d. §. 35.*

C A P. XXVI.

An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, Domino rem suam vindicanti restituere teneatur?

Superiore capite fatis abundeque probavimus, bonæ fidei possessorem justo titulo subnixum fructus omnes, quos percepit, tam naturales & spontaneos, quam industriales suos facere. Videndum porro, an quos ita percipiendo suos fecit, & semel sibi acquisivit, domino superveniente & rem suam vindicante, retinere possit; an vero omnes aut quosdam restituere teneatur? In hac quoque quæstione concedo in sententiam τῶν δευτερικῶν, distinguendum inter fructus adhuc extantes & consumptos, ut illos quidem omnes domino rem suam vindicanti restituere bonæ fidei possessor teneatur, hos autem omnes lucretur sine ullo metu restitutionis. De fructibus pendentibus, id est, qui nondum a solo separati sunt, nulla est controversia: nam cum hi fructus pars esse fundi intelligantur, utique cum ipso fundo & ipsi vindicantur & restituendi sunt, *l. fructus 44. ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id est, separatis quidem a re,

qua

qua tenebantur, sed nondum consumtis, an illi omnes domino restituendi, an vero naturales duntaxat? Et omnes sine distinctione restituendos esse, multa evidenterr arguunt.

Primum illud, quod *Justinianus* scribit, de consumtis fructibus dominum agere non posse, §. *si quis* 35. *Inst. de rer. div.* §. 2. *Inst. de offic. jud.*, & *Paulus* l. 4. §. 2. ff. *fin. reg. bonæ fidei* possessorem fructus consumtos lucrari. Unde ex contrario recte colligitur, de non consumtis seu extantibus adhuc, licet a solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari.

Deinde si bonæ fidei possessor eosdem fructus, quos percepit, & percipiendo suos interim fecit, ante consumtionem eorum domino vindicanti restituere debet; utique omnes debet restituere, & tam industriales, quam naturales: quoniam vel maxime & citra controversiam industriales ad acquisitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus est multa ad confirmationem hujus sententiæ argumenta congerere, cum habeamus expressam auctoritatem in *l. certum* 22. *C. de rei vind.*, ubi sic rescribunt Imperatores; *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei vero extantes; post autem litis contestationem universos.* Neque possis cum *Donello* extantes hic accipere pro pendentibus: nam præterquam quod hoc non admittit hujus verbi usus, utique vel ipso *Donello* fatente, naturales, licet a solo sint separati, restituendi sunt. Atque hæc causa est, cur *Africanus* in *l. questum* 40. ff. *de acq. rer. dom.* scribat, bonæ fidei possessorem consumtos demum suos facere, & *Paulus* l. 4. §. *lana ovium* 19. ff. *de usucap.* consumtos vel usucaptos, nimirum quia hi soli re evicta non restituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos percepit, tam industriales quam naturales, non consumtos, debere restituere: quemadmodum e converso omnes consumtos tam naturales, quam industriales lucratur. Non obstat, quod conjux non restituit fructus industriales rei a conjuge sibi donatæ, quamvis adhuc extent: nam, ut præcedenti capite dictum est, id hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id est,

est, conjugis donatoris, idque jure publico permittente, hoc sibi fructus sibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obstare videtur, quod sola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei possessoris: nam si hoc verum est, falsum est, eos demum bonæ fidei possessoris fieri consumptione. Respondeo: falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed sciendum est, geminam esse dominii acquisitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat: quale jus est mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit; item heredis in re sub conditione legata, *l. non ideo 66. ff. de rei vind. l. generaliter 29. §. 1. ff. qui & a quib. man.* Et tale quoque in proposito est jus bonæ fidei possessoris in perceptis nec dum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides; quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente, & rem suam vindicante, jam causa illa & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis seu litis contestatæ extant, officio judicis restituere. Neque enim sublato jure, quod in solo habebat, sola ratio culturæ & curæ eum defendere potest, ut fructus retineat: sed ad hoc solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumtus servet, & consequatur, ut dominus aut pretium ejus, quod impensum est, solvat; sin minus patiatur sumtus cum fructibus pro rata pensari, & pro illis partem fructuum possessorem retinere, *arg. l. si a domino 36. §. ult. de her. pet.*

Innuit hoc ipsum non obscure *Paulus Jurisconsultus* in *l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. dom.*, cum ait bonæ fidei possessorem fructus ex re aliena percipiendo suos interim facere. Quare enim ait *interim*? Non aliam procul dubio ob causam, quam ut ne quis credat sola perceptione sic fieri fructus bonæ fidei possessoris, ut nunquam postea sint restituendi

di rei domino. Quod si quis putet frustra id constitutum esse, quasi illa perceptio & fructuum interim acquisitio nihil commodi afferat possessori, eo quod utique, si adhuc extent, domino rem suam petenti restituendi sunt; is sciat & bonæ fidei rationem hoc exigere, *l. qui scit 25. §. 1. ff. de usur. l. bona fides 136. ff. de reg. jur.*, nec sine effectu esse. Prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint, aut ab alio possideantur, eos tanquam suos vindicare possit; tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi, eosque pro necessitate aut utilitate sua aut familiæ suæ distrahendi aut consumendi. Cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem præstare deberet.

Plus negotii facit responsum *Gaii* in *l. in pecudum 26. pr. ff. de usur.*, ubi Jurisconsultus ait, ea, quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris, & fructuarii. Quod autem statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo respondemus? Nimirum enim, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei possessorem fructuum, simul ut percepti sunt, statim dominum fieri pleno jure aut insolidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit *Gajus* in *d. l. in pecudum*, in comparatione foetuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est, & ideo usucapione demum acquiritur, *d. l. in pecudum §. 1.* Sic idem Jurisconsultus in *l. generaliter 29. §. 1. ff. qui & a quib. man.* ait, servum sub conditione legatum, pendente conditione, pleno jure heredis esse: quem tamen constat existente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Sic denique emptio facta lege commissoria perfecta & plena est: licet conditione deficiente resolvatur, *l. 1. ff. de leg. commiss.* Illud non magni ponderis est, quod dicitur, bonæ fidei possessorem idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est, & plus etiam juris, quam habet fructuarius, *d. l. qui scit 25. §. 1. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret, quos tamen esse restituendos inter omnes convenit.

nit. Et loquitur expresse Jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. *Paulus in l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei possessore loquens caute addidit particulam *pene*: quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini pene est.

Porro quemadmodum bonæ fidei possessor fructus omnes extantes restituere debet, ut dictum & plene probatum est; ita ex contrario eorum nomine quos consumsit, cujuscunque sint generis, non tenetur, nec ullos restituit, quod & ipsum abunde probatum putamus. Ceterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur etiam ab iis, qui hætenus idem nobiscum sentiunt; an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior? Et verius est eum non teneri. Ratio est, quia non alienos, sed suos consumsit: & cum nunquam domini fundi fuerint, non potest dici rem domini ad eum pervenisse, cumve ex re aliena locupletatum, *l. 1. §. 2. ff. de pignor.* Quod si legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla restrictione negant horum nomine bonæ fidei possessorem teneri. *Imperatores in l. certum 22. C. de rei vind.* ajunt, bonæ fidei possessorem extantes duntaxat præstare solere, quasi de consumptis inquirendum non sit. *Paulus l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* ait, possessorem fructus, quos bona fide percepit & consumsit, lucrari oportere: quod utique falsum esset, si eos quatenus locupletior factus sit, teneretur restituere; nemo enim sine lucro locupletari potest. Ad hæc, quod bene notandum est, tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, auctore eodem *Paulo in l. 4. §. lana 19. ff. de usuc.*: at usucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis scrupulus aliquis ex *l. sed & 25. §. consuluit. 11. l. illud quoque 40. §. 1. ff. de her. pet.*, qui scrupulus, prius quam hinc discedimus, evellendus est. Quid igitur locis istis repetitur, quod nobis incommodet? nempe in judicio petitionis hereditatis bonæ fidei possessorem teneri, in quo factus est locupletior. Item in restitutione hereditatis venire fructus tanquam hereditatis augmenta, per quos
pos-

possessor locupletior factus est. Respondemus; non eadem est in quæstione proposita iudicii universalis, quod & personales præstationes habet, & singularum rerum petitionis ratio. Possessor hereditatis nec ab initio fructus percipiendo suos facit, nec postea consumendo lucratur: sed statim ubi ab eo percepti sunt, in numerum rerum hereditariarum recipiuntur, ipsamq; augment hereditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hereditaria, & fructus petantur, atque in restitutionem hereditatis veniant, *l. item veniunt 20. §. 3. de her. pet.:* quæ omnia secus se habere constat in vindicatione rerum singularum. Nimirum cum is, qui pro herede possidet, ex falsa causa possideat, visum est senatui, non ultra possessori hereditatis consulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei consulitur, qui tenetur conditione indebiti, *l. indebiti 15. ff. de cond. indeb.:* unde ex contrario etiam mitius aliquo casu eum tractari voluit, scilicet ut si quid dilapidaverit, aut perdidit, dum sua re abuti putat, non teneatur, *d. l. sed & si §. consuluit ff. de her. pet.* Vide præter allegatos *cap. præc. Ioan. a Sande lib. 3. rer. jud. cap. 15. def. 1. ubi in Frisia sic iudicatum refert, Nicol. Thulden. in annot. ad praxin civ. Damhoud. c. 104. n. 13. Pinell. ubi sup. cap. præc.,* ubi ait, nunc ubiq; fere tantum servari formam *l. 22. C. de rei vind.* in fructibus a bonæ fidei possessore perceptis post litis contestationem: eorum qui ante percepti sunt, sive consumti sint, sive adhuc extent, sive ex iis locupletior possessor factus, sive non, rationem non haberi, insuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

C A P. XXVII.

An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆc quæstio minus trita & vulgaris, quam duæ superiores: ad cuius decisionem antequam perveniamus, more nostro præursionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana est actio in rem prætoriam, quæ competit de re, quam quis

quis ex justa causa sibi traditam a non domino bona fide accepit, si ejus nondum dominus effectus possessionem casu amisit, §.4. *Inst. de actio.* Est actio in rem prætoria: nam jure civili nulla nisi rei suæ vindicatio, *d. §.4.* Justa causa est, ex qua, re a vero domino tradita, dominium in accipientem transfiret, quod intellectum est ex verbis edicti, & *nondum usucaptum petet, l.1. ff. de Publ. in rem act.* Hæc enim verba declarant, Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *Inst. de usuc. in pr.*; cujusmodi causæ sunt emtio, donatio, legatum, dos &c., *d. l.1. §. ult. & ll. seqq.* Bona fide accepisse intelligitur, qui eum, a quo rem accepit, aut dominum esse putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. bonæ fidei 109. ff. de verb. sign.* Traditionem latius hic accipimus, ut etiam rerum incorporalium quasi traditio contineatur, usus nimirum accipientis & patientia constituentis: nam & ususfructus & servitutum constitutarum nomine Publiciana competit, *l. si ego 11. §.1. ff. de Public. in rem act.* Nec dubitandum, quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam sufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ sunt species & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appositionem custodis &c.. Nec dum dominus effectus dicitur, qui rem a non domino acceptam nondum usu cepit, *d. l.1. §.1. eod.*; ubi *Ulpianus* ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam; quanquam nec ipsi domino Publiciana deneganda, forte cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, sub qualitate bonæ fidei possessoris, ommissa quæstione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quin & usu forense receptum est, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari, atque alternatim proponi possit, id est, res peti jure dominii vel quasi dominii, *Oldendorp. class. 3. act. 3. Mynsing. ad §.4. Inst. de act. num. 62. Gail. 1. obs. 62. num. 5.* Atque hæc

hæc quidem *ως ἐν παρόδῳ*. Transgrediamur nunc ad quæ-
stionem propositam.

Igitur, sicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus sit, rem vel vere vel fide traditam esse oportet: nam cum nec sine traditione possessio transferri, nec sine possessione usucapio procedere possit, *l. 25. ff. de usucap.*, consequens est & nec posse colorem quæsitum per usucapionem domini prætexi, ubi res tradita non est. Quid ergo, an non licebit ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etsi regulariter & jure gentium dominia rerum sine traditione non transferuntur, *l. traditionibus 20. C. de pact. §. per traditionem 4. Inst. de rer. div.*; jure tamen civili quibusdam ex causis etiam sine traditione, veluti aditione hereditatis, restitutione fideicommissi universalis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi specialis, donatione mortis causa, venditione aut donatione facta civitati, ecclesiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publice comparatis, *l. 23. §. 1. C. de S. S. Eccles.*. Finge igitur V. C. rem alicui legatam esse ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui restitutam hereditatem, quaeritur an is Publiciana experiri possit, etiamsi non fuerit nactus possessionem? Negat *D. Bachovius disput. 3. de act. thes. 18.* Utitur *Bachovius* hoc argumento, cui putat nihil esse, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, nisi ei, qui usucapere cœpit: adeo inquit, ut auctore *Jasone* in *d. §. 4. nu. 17.* argumentum ab usucapione ad Publicianam & contra affirmative & negative procedat: usucapio autem sine possessione non contingit, *l. 25. ff. de usuc.*; ac proinde, inquit, cessat in casu proposito color domini per usucapionem acquisiti, quod sit essenziale hujus actionis requisitum, ut scilicet actor intendat se usucapuisse: quod utique prætere non possit, ubi res tradita non est, neque possessio translata. Hoc amplius, inquit, etiam *DD.* vulgo existimant, quoad effectum transferendi domini, sufficere rem traditam esse, licet vacua rei possessio tradita non sit; neminem tamen esse, qui non statuatur, opus esse vacuæ possessionis traditione, ut procedat usucapio.

Ego vero totum hoc ad eas duntaxat species pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehensione possessionis est opus: edictumque conceptum esse de eo, quod ἐπὶ τὸ πολὺ accedit. Quibus autem ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea agi posse, ex sententia scilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum est, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injustis rei possessoribus. Nam, ut *Ulpianus* scribit *l. 7. §. in Publiciana 8. ff. de Public. in rem. act.*, in Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ in rei vindicatione, ac proinde quemadmodum si in casu hoc nostro res a vero domino legata, aut vere hereditaria fuisset, legatario aut heredi fideicommissario competeret rei vindicatio, etiam si possessionem ejus rei nacti non essent: ita si res a non domino legata sit, aut non sit ex corporibus hereditatis restitutæ, danda erit legatario aut fideicommissario in rem Publiciana; quamvis nec illi possessionem nacti sint. Atque hoc diserte responsum est de eo, cui ex *Trebelliano* restituta est hereditas, *l. cum sponsus 12. §. 1. d. tit.*: item de domino, cujus servus, cum in fuga esset, rem a non domino emit, *l. si servus 15. eod.* His autem casibus cum usucapio procedere non possit, *d. l. 25. ff. de usuc.*, apparet prætensionem dominii per usucapionem quæsitam non esse hujus actionis requisitum essentielle: & proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui fuerit in conditione usucapiendi. Sed & hoc ipsum falsum existimo, quod actor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. Quamvis enim *Justinianus* scribat, in hac actione eum, qui possessionem amisit, dicere eam rem se usucepisse: illa tamen actoris intentio non ad nuda ista verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Non dicet igitur expresse se rem usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis sua intentione complectetur. Dicet se rem, de qua agitur, bona fide V.C. emisse a Lucio

Titio, & ab eo sibi traditam bona fide accepisse, petere se ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si usucepisset. In causis ex quibus & qui nondum possessionem 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: quibus casibus, cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, *d.l. 12. §. 1. d.l. 15. de Publ. in rem act.*, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Hæc olim fuit *Petri de Bellapertica* opinio, probata *Jo. Fabro* in §. 3. *Inst. eod. num. 12.* & *Donello* in §. 4. *eod. num. 4.* §. 14.

C A P. XXVIII.

Ususfructus sit ne dividuus, an individuus?

Quæstio hæc non tantum ad usumfructum pertinet, sed etiam ad ceteras res incorporales, puta hereditatem, obligationes & actiones, exceptis servitutibus prædiorum & nudo usu; quæ individua esse apud omnes in confesso est. Dividuum nostris est, quod dividi potest, sive in partes numero discretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini; sive in partes corporum, ut omnes res corporales, fundus, homo, navis &c.; licet plerumque harum rerum divisio in partes discretas fieri non possit, sine rei interitu aut corruptione, veluti si homo gladio in partes secetur. Navem si divides, inquit *Cascellius* apud *Macrobius*, nec tu nec socius habebitis. Sed juris nostri Auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujusque naturam accommodata, *l. 9. §. 1. ff. de solut.*. Cum enim de divisione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes discretas & naturaliter divisas, sed indiscretas & inter se confusas, ac intellectu magis, quam corpore divisas, ipso rei corpore integro manente: V. C., cum dicimus Titium & Sempronium ejusdem rei esse dominos, rem divisam in partes esse significamus, quarum unam Titius, alteram

Sempronius habeat. Verum hæ partes corporaliter separatæ non sunt, sed confusæ & commixtæ, ut neuter possit suam partem a parte socii sui discretam ostendere, *l. 5. ff. de stipul. sero: l. Mævius 66. §. 2. de legat. 2.*. . Atque hæ partes proprie appellatione partium continentur; quia, cum divisio ac separatio corporalis sit, jam non amplius uno corpore tenentur, sed singulæ per se corpus discretum constituunt, & totum quiddam verius, quam pars sunt: V. C., si fundus in partes pro diviso dividatur, jam duo fundi esse incipiunt, *l. recte 25. §. 1. ff. de verb. sig. l. 6. §. 1. ff. comm. præd.*. . Quamvis autem dividuitas per se non potest convenire nisi corpori sive rei corporeæ; nihil tamen prohibet, quo minus etiam res incorporales, modo tales sint, ut quod ex his percipitur, natura dividi possit, intellectu in partes pro indiviso secernantur, ut non ex eo, quod sunt natura, dividuitas in his æstimetur, sed ex emolumento, quod propter partem divisim percipitur: cum in emolumento ipsa pars quodammodo percipi videatur. Cujusmodi res sunt hereditas, obligatio, & petitio cujusque rei dividuæ, usufructus: quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit divisionem. Hoc interest inter res plerasque mobiles, puta servum, equum, & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipso dividi pro partibus divisim, & ita corrumpi possunt: at hæc jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipso dividi possunt. Ea, quæ in nominibus sunt, in judicio familiæ erciscundæ non dividi, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint, legimus in *l. 6. C. fam. ercisc.*. . De hereditate, nisi testator aliter divisit, eam distribui in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur, *§. hereditas 5. Inst. de hered. instit. l. 13. §. 1. ff. eod. add. l. 1. §. 1. 3. & 4. ff. si pars hered. petit.*. . De usufructu, de quo hic ex professo, eum pro parte constitui posse, & legitimo tempore similiter amitti, *l. 5. ff. de usufruct.*; pro parte nos frui posse, uti non posse *l. usus 19. ff. de usu & habit.*: usumfructum dividi posse, nec sicut ceteræ servitutes individuæ sunt, ita & ipsum individuum esse, *l. 1. §. si usufructus 9. ff. ad leg. Falcid.*: Usumfructum legatum venire in computationem legis Falcidiæ, quia

divisionem recipit: adeo ut si duobus legatus fuerit, ipso jure ad singulos partes pertineant, *l. si ususfructus* 81. ff. *ead. tit.*. Cernitur autem maxime hæc dividuitas, cum pluribus in eundem usumfructum conjunctis, aut concursu partes fiunt, aut deficientium partes conjunctis accrescunt, *tot. tit. ff. de usufr. accres.*. Nec putandum est, usumfructum dici dividuum tantum respectu partium fundi fructuarii; possunt enim in eodem fundo indiviso partes ususfructus diversæ a diversis haberi: & cum in judiciis divisoriiis cautionibus interpositis, qualiter fruantur, a communione disceditur, aut cum per legem Falcidiam ususfructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores dispescitur, *l. si cujus* 13. §. 3. ff. *de usufr. l. 7. §. cum de usufr. 10. ff. comm. div. l. & puto* 16. pr. ff. *famil. ercisc.*. Cur igitur servitutes prædiorum individuæ? *l. via* 17. ff. *de servit. l. 1. §. si ususfructus* 9. ff. *ad leg. Falcid. l. stipulationes non dividuntur* 72. ff. *de verb. obl.*. Respondeo: hoc non ex eo est, quod sunt res incorporales, ne quis erret; sed quia in solo usu consistunt, & solo utentis servitute facto, puta euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi possit. Ususfructus autem dividuus est, quia licet & ipse in facto ab initio consistat, *l. un. ff. quand. dies usufr. leg.*; facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit, & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem; qui fructus cum dividi possint, etiam jus eorum percipiendorum dividuum habetur, quamvis ipsius juris nulla sit physica divisio. Recipiunt quidem & prædiorum servitutes divisionem per tempora, sed ita usus servitutum non dividitur, sed per intervalla distinguitur, ut nihilominus tota semper utamur servitute, *l. 5. §. 1. ff. de servit.*; & est tantum modus adjectus toti sive usui totius, *l. arbor* 19. §. *ult. ff. comm. divid.*. Putaverit tamen aliquis non magis usumfructum, quam usum dividuum dici posse, cum usus, ut disputat *Hotomannus illust. quæst. 20.*, fit pars homogenea ususfructus; usus autem cujusque semper in solidum est, *l. usus* 19. ff. *de us. & habit. l. 5. §. ult. ff. commod.*. Sed falsum est, quod *Hotomannus* assumit, usum formalem sive separatum, partem esse sive homogeneam sive heterogeneam

neam ususfructus: & partium illa in similes & dissimiles distinctio propria est partium corporis.

Ex contrario putaverit aliquis, non minus usum, quam ususfructum dividuum esse, & partes pro indiviso recipere, quoniam usus nihil aliud sit, quam parvus quidam ususfructus. Sed & hoc quoque falsum est: nam ususfructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi potest, usus solos eos fructus, qui necessitati utentis sufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte re utantur. In ususfructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire possunt; nam fruimur etiam ad compendium: in usu vero non ad fructus respicitur, sed tantum ad indigentiam personæ usuarii, cuius solo facto & consumptione usus terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo usus similis servitutibus prædiorum. Plures in eundem ususfructum conjungi possunt, in eundem usum plures conjungi non possunt: quæ enim ratione usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc est, quod usus amissus semper ad proprietatem redit, ususfructus amissus ad conjunctum, *tit. ff. de usus. accres.*

Exemplo res fiet illustrior. Ponamus sylvæ amplæ & copiosæ usum tribus personis legatum esse, quæ vel decem satis lignorum ad rei familiaris usum suppeditare queat. Hic legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas) unius usus, sed pro se quisque usum solidum & distinctum. Contra est, si hic ususfructum pluribus legatum esse ponamus. Nam unius rei possunt plures esse usus, quia nihil impedit, quominus quisque, V.C., tantum lignorum cædat, quantum ei sufficiat ad usum & consumptionem quotidianam. Ususfructus autem non nisi unus ejusdem rei esse potest, cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in solidum fruantur, & singuli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi ususfructus duobus legatus sit, equus locari potest, & pensio inter utrumque dividi, *l. 7. §. cum de 10. ff. comm. div.* Si usus equi legatus, locari nequit, sed tantum uterque ad suam necessitatem

cessitatem equo uti potest. Quod si uterque eodem tempore indigeant equo ad negotia sua, apparet eos in usu concurrere non posse; nec ita igitur res transigaretur, ut *d.l. 7. §. 10.*, sed necesse erit uni soli usum adjudicari, & hunc alteri in præstationem æstimationis partis condemnari, *l. item 10. §. 1. ff. d. tit.*, aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi, *arg. l. arbor 19. §. ult. ff. eod.*. Atque hoc ita propter necessitatem, *d.l. 10. §. 1.*. Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. si cum duorum 32. ff. de stip. serv.*. Non obstat, quod apud *Ulpianum* legimus, si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, *l. per servum 14. §. 2. ff. de usu & habit.*; quoniam in tali specie ita concurrit cum usurario fructuarius, ut percipiat, quod usurario supererit, & ipse interim etiam fruendi causa usum habeat, seu usum causalem, qui fructui semper inest, *l. si alii 42. junct. d.l. 14. §. 1. ff. eod.* Quod vero generaliter traditum est in *l. stipulationes 72. ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum, ceterasque servitutes divisione non recipere, id ad usumfructum non pertinet, sed eo sensu dictum est, quo servitutes prædiorum per excellentiam absolute ita nominantur, *§. ultim. inst. de usu & habit. l. 4. & passim ff. de servit. DD. comm. ad d.l. 72. & ad l. 2. ff. de verb. oblig. Gomez 2. resol. 10. nu. 18. Castil. tract. de usufruct. cap. 31.. Dissentit Hotom. quæst. illustr. cap. 20.*, cujus objectionibus facile ex iis, quæ a nobis disputata sunt, occurrere potest.

C A P. XXIX.

An testator possit fructuario remittere partem cautionis fructuariae, quæ est de re finito usufructu restituenda?

JUS est usufructuario rebus alienis utendi fruendi, sed salva rerum substantia, id est, dum ita utatur fruatur, ut rem salvam servet domino. Quapropter, ut dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usum se boni viri arbitratu, & cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde extabit, *l. 1. & tot. tit. ff. usufr. quemad. cav.*: quæ cautio satisfactio

tio est, id est, cavere debet fructuarius datis fidejussoribus, *l. 13. pr. ff. de usufr. l. 4. C. cod.* Habet autem ista stipulatio duas causas, propter quas interponitur, unam de usu, alteram de restitutione: quarum prior sæpius committi potest, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur; posterior semel duntaxat, usufructu scilicet quoquomodo finito, *d. l. 1. §. pen. usufr. quemad. cav.* Pertinet porro hæc cautio ad omnem fructuarium, *d. l. 13. ff. de usufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. usufr. quem. cav.*; excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum, *l. 6. §. non autem, l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.*, quod datum reverentiæ paternæ: item eo, cui usufructu pure legato proprietas ex die debetur, ex edicti nimirum sententia, quia certum est proprietatem ad eum perventuram, *l. 9. §. ult. ff. usufr. quem. cav.* Interpretes & fiscum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento usufructu. Quod rationem habet per *l. 1. §. si ad fiscum 18. ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos 19. §. 1. ff. de re jud.* Sed & in quasi usufructu cautio a fructuario præstanda (quæ & ipsa satisfactio est) nimirum se, cum morietur aut capite minuetur, restitutum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis consumptis fieri non potest, sed tantundem, aut eorum æstimationem, *§. 2. Inst. de usus. l. 7. ff. de usus. ear. rer. quæ us. cons.*; nam clausula de utendo boni viri arbitrato ad quasi usumfructum pertinere non potest, ut recte *Castillo tract. de usus. cap. 15. num. 13.* In utroque autem usufructu, & vero & quasi, cautio adeo necessaria esse putatur, ut ne testator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. C. ut in poss. legat. l. 1. C. de usufr. l. 6. ff. ut in poss. legat. Guil. 2. obs. 145. Castill. d. tract. cap. 15. post DD. in d. l. 1. & d. l. pen.* Et quidem illud constat, remissione cautionis facta a testatore non vitari legatum ipsum ususfructus, sed non obstante hac remissione legatarium cautione oblata usumfructum petere posse, *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufr.*; quamvis contrarium putet *Hunnus resol. ad Inst. lib. 2. tract. 2. quæst. 26.*; idque duplici, sed utroque inepto & futili, argumento. Primum peti- tum est ex *l. 7. pr. ff. usufr. quem. cav.*, ubi Jurisconsultus ait, si res usufructus nomine non exacta satisfactioe tradita sit,

posse heredem rem vindicare, & si objiciatur exceptio de re usufructus nomine tradita, replicandum esse. Respondeo primum, idem obtinere etsi testator cautionem non remisit, neque ullum in eo textu verbum extare, unde colligi possit, de eo casu loqui Jurisconsultum, quo cautio remissa est. Sententia Jurisconsulti minime obscura, sed plana est, nempe si heres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit, posse eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re usufructus nomine tradita, nisi paratus sit satisfacere, replicatione doli mali removere. Alterum argumentum *Hunnii* est, quia quicquid contra legem fit, ipso jure nullum est. Concedimus nullum esse, quod contra legem fit, sed non ultra quam quatenus in legem peccatum est. Non peccat autem testator in legem legando usumfructum, sed contra legem facit remittendo cautionem: quam remissionem idcirco etiam nullius momenti esse fatemur. Sic etsi donatio, quæ summam quingentorum solidorum excedens actis insinuata non est, contra legem fiat, non tamen ideo in totum irrita est, sed tantum quatenus legitimum modum excedit, *l. sanctimus 34. C. de donat.* Ceterum an in totum verum sit, & ad utramque clausulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem istam a testatore remitti non posse, merito dubites. In quasi usufructu, quoniam proprietas transit in fructuarium, nec fructuarius præstat cautionem de re boni viri arbitrata utenda, & finito usufructu restituenda ipsa re, sed tantum de restituendo tantundem, non potest testator remittere cautionem de tali vel tali summa restituenda, *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufr.* Ratio est, ut hæc saltem via securitatem sibi addere possit proprietarius, quippe qui hic finito usufructu nullam actionem in rem adversus fructuarium habeat, sed personalem duntaxat, scilicet quantitatis conditionem, *l. 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer.*; quæ actio proprietario inutilis erit, si finito usufructu debitor inops reperitur. At in vero & proprio usufructu, cum cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitrata utatur fruatur, deinde ut rem finito usufructu restituat, hic primam quidem cautionem testator remittere non potest.

l. pen.

l. pen. C. ut in poss. leg.; quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, *arg. l. si unus 27. §. 3. ff. de pact.*; tum etiam quia hic heres quidem habiturus est actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta est, *l. 13. §. 2. vers. denique ff. de usufr.*; ceterum quæ heredi inutilis futura, si forte finito usufructu ad inopiam fructuarium redactus fuerit. At probabiliter defendi potest, testatorem posse remittere cautionem de re restituenda; quia etsi ea omissa sit, habet tamen proprietarius actionem in rem, qua rem ipsam finito usufructu vindicet, *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. vers. si igitur ff. usufr. quem. caveat*; & sic potest testator prohibere ne legatarii aut fideicommissarii cautionem ab herede exigant nomine legati vel fideicommissi, *l. 1. pr. ff. ut leg. nom. cav. l. pen. C. ut in possess. legat.*; & ideo in *d. l. pen.* non vetatur testator remittere satisfactionem de re finito usufructu restituenda, sed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitrato. Ita memini disputare solitum virum clarissimum & collegam quondam nostrum *D. Petrum Cuncæum* piæ memoriæ.

C A P. XXX.

An in argumento de servitutibus prædiorum sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?

Sicut prædia vel urbana sunt vel rustica, ita & servitutes, quæ iis inhærent, vel urbanorum prædiorum sunt vel rusticorum; sic enim a subjectis servitutes distinguuntur, *l. 1. ff. de servit.*. Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti: ruri ager, *l. fundi 211. ff. de verb. sign.*. Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etsi in villa ædificata sunt, *l. 1. ff. comm. præd. §. 1. Inst. de serv. præd.*. Quæ igitur locis puris inhærent, prædiorum rusticorum servitutes sunt; quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: distinctione scilicet non a loco sumpta, sed a materia, vel genere prædii, *l. fundi 166. l. urbana 198. ff. de verb. sign.*. Sunt tamen, qui a fine sumtam putant, & ea sola ædificia urbano-
rum

rum prædiorum numero esse, quæ habitandi causa parata sunt: horrea autem, quæ ruri ædificantur, ad fructus repouendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, *Capoll. de servit. urb. cap. 11. nu. 2. Myns. VVesenb. Valt. ad §. 1. Inst. d. tit. Bronch. cent. 1. ass. 95.* Sed male mea quidem sententia, quod quidem ad propositam tractationem attinet. Fac enim, unum e dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui forte ad grana a paleis repurganda flatu venti opus sit, cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæc servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est tamen hæc sententia usquequaque expedita. Scribit enim *Neratius l. 2. ff. de servit. præd. rust.*, licere altius tollere & officere prætorio vicini, servitutem esse prædii rustici: atqui prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut ex *Columella & Palladio* constat, quale tamen prædium urbanum esse ceteri omnes fatentur. Respondeo, *Neratium* illic suo arbitrio loqui, non considerato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, prædia eorumque jura dupliciter considerari: vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit *Neratius*; vel cum effectu juris, qua consideratione nunquam loco distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis & illatis in prædium rusticum a colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in caus. pign. tac.*, urbanum prædium accipimus etiam tabernas, stabula, aliaque meritoria, etiam quæ non sunt in continentibus ædificiis, sed in villis & vicis, vel ipso teste *Neratio, d. l. 4. §. 1.* Villa autem fructuaria, & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, *arg. l. urbana 198. ff. de urb.*

verb. sign. Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione *Severi* sine decreto prohibentur alienari, *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione *Constantini* ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia a fine & usu distinguuntur, & rustica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe sunt, & villæ fundi causa & propter opus rusticum ædificatæ: reliqua ædificia, stabula meritoria, etsi ruri sint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum redditus, & multo magis area, pro prædiis urbanis habentur, *d. l. urbana ff. de verb. sign.*; quo loco *Ulpianus* orationem illam *Severi* interpretatur, ut *Cujac. 7. obs. 24. & Goedd. ad d. l. urbana* bene observaverunt. Similiter cum de servitutibus simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem, ut prædia ipsa, distingui possunt, quod fecit *Neratius d. l. 2. ff. de serv. præd. rust.* At cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere earum nomine nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. ff. de pign. l. 5. §. & belle 9. l. 14. ff. de op. nov. num.*) loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificiis inhaerent, urbanæ, quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ulla ædificiis vacua subjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra, loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Idque contra *Cæpollam* & alios supra allegatos etiam *Bachovius* bene observavit ad §. 1. *Instit. de servit. præd.* Non obstant iis, quæ diximus, *l. 7. §. 1. l. iter 14. ff. comm. præd. l. servitutes 20. §. 1. ff. de serv. præd. urb.*, ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, servitus rustica est:

est: quippe quod fere debetur per arcam, quæ hic instar fundi habet: neque etiam ad iter, qua debetur per ædes, quicquam structura ædificii facit, imo magis est impedimento. *Ulpianus in l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* aquæductum per domum transductum vocat servitutem prædii urbani, quæ tamen & ipsa revera rustica est, si de vi & effectu juris, de quo supra diximus, quæritur, & servitutum distinctio non a re, quæ debet servitutem, sed ab ea, cui debetur, sumitur, *l. 1. §. & datur 43. ff. de acq. cott. & est.* Denique sublato ædificio hujusmodi servitus adhuc præstari potest.

C A P. XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

Servitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua usucapi non possunt, *l. servus 43. §. 1. ff. de acq. rev. dom. l. servitutes 14. ff. de servit. l. si aliena 10. §. 1. ff. de usuc.* Et quamvis olim moribus sive auctoritate prudentum introducta esset servitutum in prædiis urbanis usucapio, quod in his videatur esse continua quædam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cum rusticarum servitutum usus non ita sit continuus: tamen quia nec urbanæ servitutes vere possidentur, lex Scribonia denuo harum usucapionem, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, fustulit; ut post legem Scriboniam, & tempore mediæ jurisprudentiæ, non magis urbanorum prædiorum servitutes, quam rusticorum usucapi potuerint, *l. 4. §. ult. ff. de usuc. d. l. 10. §. 1. eod. d. l. 14. ff. de servit.*; ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum rusticorum servitutes non usucapiantur. I. Quia incorporales sunt, ac proinde nec possidentur. II. Quia earum usus non est continuus, sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum, & sola sufficit ad impediendam usucapionem: atque ideo in *fin. pr. d. l. 14.* additur, *idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat usucapio, non etiam rusticarum, introducta fuit.

Etsi

Et si autem servitutes usucapi nequiverint, id est, biennio, quo tempore olim usucapio rerum immobilium in solo Italico implebatur; acquiri tamen potuerunt decem, vel inter absentes viginti annorum diuturno usu, atque ita acquiri, ut tanquā jure impositæ utilibus actionibus vindicarentur, *d. l. 10. ff. si serv. vind. l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* Atque eo pertinet *l. 2. C. de serv. & aq.*, ubi Antoninus ait, servitutes tempore acquiri exemplo rerum immobilium, nempe præscriptione decem annorum. Non enim de usucapione servitutis Imperator loquitur, sed de præscriptione, quæ non directam, sed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat usucapio, sed duntaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l. 1. C. eod. tit.* non loquitur de usucapione servitutis, sed de præscriptione, quæ longi temporis consuetudine vicem servitutis obtinet. Porro decem annorum usu, qui pro possessione est, omnes servitutes acquiruntur; generalis enim est definitio *d. l. 10. ff. si serv. vind. d. l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* Ac proinde rejicienda est discriminem inter servitutes continuas & discontinuas, quasi illæ decem annis, hæ non nisi tempore immemoriali præscribantur. Quamvis enim usus corporalis in plerisque servitutibus rusticorum prædiorum, puta itinere, actu &c. continuari nequit, *d. l. servitutes 14. ff. de servit.*; possessio tamen earum non amittitur, quamdiu animo retinetur, §. 5. *Inst. de interd. l. 3. §. sed & 7. ff. de acq. poss.* Nam quod istis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & est hujus rei argumentum in *l. 1. §. 2. ff. de itin. act. priv.* Hodie post transformatam a Justiniano usucapionem, & usucapionem rerum soli cum longi temporis præscriptione confusam, servitutes tam usucapione, quam præscriptione acquiri recte defendi potest, usucapione videlicet Justiniana, arg. *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp. junct. l. un. C. de usuc. transform.*

Existimo autem, quæ & communis est sententia, servitutes duobus modis per se & principaliter longa quali possessione acquiri posse. Ajo per se & principaliter, quoniam servitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi possunt, *l. 10.*

§. 1. ff. de usuc.; sed uno duntaxat modo, quo scilicet & ipsa ædificia: ac tum non tam ipsa servitus usucapitur, quam prædium, quod usucaptum suæ conditiones sequuntur, arg. l. via 23. §. 2. ff. de serv. præd. rust. l. traditio 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom.. Primus modus, quo servitus per se longo usu acquiritur, est, si servitute ex justa causa sive titulo a non domino prædii, quem tamen dominum esse credebamus, constituta per decem vel viginti annos continenter usi fuerimus; qui modus cum rerum corporalium usucapione seu præscriptione communis est: ac de hoc modo accipienda est l. ult. C. de long. temp. pr., ut patet ex ipso contextu. Et quia hic possessionis initium est a non domino prædii, ideo etiam titulus hic necessarius est; at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in usucapione rerum corporalium, d. l. ult. C. de pr. long. temp.. Alter modus servitutum est proprius, si nullo quidem titulo præcedente, ceterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servientis sciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi simus. Nimirum quia hic initium possessionis est ab ipso domino, ideo scientiam quidem domini, a quo possessionis initium profectum est, requirimus: titulum autem non item, quoniam si etiam titulus adesset, puta si dominus prædii mihi servitutum constituisset & tradidisset ex causa venditionis, donationis &c., servitus statim citra præscriptionem pleno jure acquireretur, per l. nunquam 31. pr. ff. de acq. rer. dom. §. per traditionem 40. Inst. eod.. Ad hunc posteriorem modum pertinet l. si quis 10. ff. si serv. vind.. Si quis inquit ibi Ulpianus, diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos sorte tot usum se, non vi, non clam, non precario, possedisse. Displicet quidem hæc sententia Francisco Duareno l. 1. disput. cap. 34., ubi verba illa Ulpiani, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, interpretatur de jure civili & directo, quasi hæc sit Jurisconsulti sententia; ei qui ita aquæ ductum nactus est, recte servitutum quæsitam videri, quam-

quamvis jure, id est, jure civili & directo non sit constituta, & ob id cum non debere probare de justa servitutis constitutione, puta eam sibi donatam, aut legatam &c. esse. Sed hæc interpretatio neque verbis *Ulpiani*, neque sententiæ convenit. Verbis non convenit, quia *Ulpianus* ipse exemplo declarat, se verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum sit ac si dixisset, non esse utenti necesse docere de titulo, quo aqua constituta sit. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum possessionis acquisitæ, sed modum, quo aqua jure civili imposita sit, verba non patiuntur: potest enim servitus legari ab eo, qui non sit dominus fundi, a quo servitutum jure constitutam nemo dixerit. Quod si a domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Jurisconsulti sententiæ, qui quæstionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus est diuturno usu & longa quasi possessione. At cui a domino prædii servitus legata est, is eam statim a principio sibi recte constitutam habet. Similis locus superiori est in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv.*, ubi idem Jurisconsultus definit, in servitutibus hoc nos sequi, ut ubi servitus non invenitur imposita, videatur is habuisse longa consuetudine, velut jure impositam servitutum, qui diu usus est nec vi, nec clam, nec precario. Non invenitur servitus imposita, cum non invenitur titulus, quo est imposita: nam tituli sunt causæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Jurisconsultus, hoc jus nos sequi in servitutibus; quo significat hoc esse servitutum proprium, & in eo esse aliquid diversum ab usucapione & præscriptione rerum corporalium: nihil autem hic proprium esset servitutum, si in hac acquisitione etiam titulum possessionis exigeremus. Ait denique, longa consuetudine servitutum ita acquiri, si quis usus sit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut usus sit domino prædii sciente: at titulo accedente & bona fide, ignorantia domini usucapionem sive longi temporis præscriptionem non impedit, *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp.*. Denique idem plane significatur in *l. 2. C. de serv. & aq.*, nempe jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, si quis per fundum sciente

& pa-

& patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non potest hoc sine vitio intelligi de eo, qui titulum habet. Nam si eum habeat a domino, statim illi servitus quæsitæ est: si a non domino, procedit longi temporis præscriptio, etiam vero domino ignorante, *d. l. ult. C. de long. temp. pr.* Unde etiam liquet, illa *Imperat. Antonini* verba *d. l. 2., servitutem exemplo rerum immobilium tempore quæsitæ*, continere duntaxat comparationem servitutum & rerum immobilium ratione temporis, quo per possessionem acquiruntur; non autem simplicem & respectu omnium conditionum: ut hic sit sensus, quemadmodum res immobiles soli provincialis (loquitur enim Imperator non de usucapione rerum soli Italici, quæ biennio implebatur, sed de longi temporis præscriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis possessione quæri possunt, ita posse & servitutem aquæductus acquiri, si quis aquam per fundum domini, eo sciente nec contradicente, per idem tempus duxerit. Frustra igitur hunc locum contra communem urget *Corasius* in *l. servitutes 14. nam. 31. ff. de servit.* Moveri non debemus *l. nullo 24. C. de rei vind. l. ult. C. de usuc. pro herede*, aut similibus locis, quibus traditur, nullo justo titulo præcedente possidentes dominium quærere prohiberi; usucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & possessionis, & dominii, & usucapionis verba, quibus istæ sententiæ conceptæ sunt, declarant eas pertinere ad usucapionem rerum corporalium, in quas solum proprie cadit possessio, usucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam esse usucapionem, nisi justo titulo præcedente. At in servitutibus distinctio superior observanda est, ut siquidem initium possessionis servitutis profectum sit a non domino prædii, qui tamen dominus esse putabatur, etiam titulus ad servitutem tempore acquirendam desideretur, ut in usucapione rerum corporalium, *l. ult. C. de long. temp. præscr.* At ubi possessionis initium proficiscitur ab ipso fundi domino, qui sciens patitur nos per longi temporis spatium servitute uti, ita nos usos esse ad præscriptionem servitutis sufficit, nec titulus requiritur, imo non nisi inepte, ut supra ostendimus, requireretur.

referetur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluvi.*, in *servitutibus hoc nos jus sequi, &c.*: nimirum in *servitutibus solis*, non etiam in *rebus corporalibus*, aut *ipsis prædiis*. Ne quis autem captet, quod supra diximus, *scientiam & patientiam domini* in hac acquisitione *servitutis esse vice boni initii, & quoque loco traditionis*, atque inde colligat ita statim *servitutum quæri*, non ex longa temporis possessione: is cogitet hic abesse *titulum*, & ideo per hanc quasi *traditionem non statim servitutum nostram fieri*, *arg. l. nunquam 31. ff. de acq. rer. dom.*, sed hoc tantum effici, ut locus sit *præscriptioni*, vide *Baldum de præscr. par. 2. quæst. 2. nu. 1. quart. part. princ. Covarr. 1. var. resol. cap. 17. nu. 7. Costal. in l. 10. ff. si serv. vind. Castell. tract. de usufr. cap. 68. nu. 16. Fachin. 8. contr. 22. & in primis Donell. 11. comm. 12. Dissent. Duar. 1. disp. 34. Hotom. 8. obs. 11. Coras. loco supra allegat. Reward. ad leg. Scribon. cap. 7.*; quorum singulorum argumentis ex professo occurrit *Schifordeger. lib. 1. tract. 6. qu. 1. & seqq.*

C A P. XXXII.

An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?

Certi atque explorati juris est, *fructuarium posse usum-fructum*, id est, *jus utendi fruendi pignori hypothecæve dare*, etiam invito *proprietario*, & si velit *proprietarius cum creditore agere*, non esse ei *jus uti frui invito se*, Prætorum *exceptione tueri creditorem*, *l. 11. §. pen. ff. de pign.*, ubi hujus rei etiam *ratio redditur*, quod & *emptorem ususfructus Prætor tueatur*, ducto scilicet *argumento a majori*, *l. 9. §. 1. ff. eod.*. Est & *alia ratio*, quia *fructus rei etiam in eo est*, ut *pignori dare liceat*, *l. ult. ff. de usur. l. fructus 72. ff. de reg. jur.*. Non obstat *l. 6. C. de usufr.*, quia non loquitur de *oppigneratione ususfructus*, sed *proprietatis*, cujus *pignorandæ jus nullum usufructuarius habet*. Contra autem *Jurisconsultus in d. l. 11. §. ult. de pign.* de *servitutibus prædiorum urbanorum definit*, nempe *jura prædiorum urbanorum pignori dari non posse*. Concepta est hæc definitio *nominatim de servitutibus prædiorum urbanorum*: unde quidam existimaverunt,

eam

eam ad jura prædiorum rusticorum non pertinere. Sed verius est non magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum, eandemque in proposito harum atque illarum esse rationem. Argumenta sunt hæc. I. Quia servitutes prædii sunt prædii qualitates, *l. quid aliud 86. ff. de verb. sign.*, prædio, cui constitutæ, ut subjecto suo sic inhærentes, ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri sine consensu domini prædii servientis, ac proinde non nisi oppignerato simul prædio oppignerari possunt, sic uti nec vendi possunt sine prædio; quamvis prædio vendito simul cum prædio, cui debentur transferuntur, *l. traditio 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum essent 33. §. 1. de serv. præd. rust. Bronch. cent. 2. ass. 75.* Prædio autem ipso oppignerato, datur creditori petitio servitutis prædio jam ante impositæ, non quidem directæ, sed utilis, sicuti & ipsius fundi ei utilis petitio datur, *l. ei qui 16. ff. de pign.* II. Quia hæc oppigneratio servitutis esset inutilis creditori, propterea quod neque ipsi creditori deberi hujusmodi servitus potest, cum non sit servitus personæ; neque prædio creditoris: quoniam quæ servitus meo prædio debetur, non potest transferri in aliud prædium, nisi consentiente domino fundi servientis, & tunc nova esset servitus. Imo tantum abest, ut possim servitutum meo prædio constitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre possim in aliam mei ipsius prædii partem, *l. ex meo 24. ff. de serv. præd. rust.* Et hæc quidem ita procedunt in servitute prædio constituta sive formali, ea non potest alteri oppignerari. Ceterum possum prædio meo rustico servitutum imponere jure pignoris, id est, pacisci, ut fundus meus creditoris mei fundo serviat, donec pecuniam ei debitam solvero, *l. sed an via 12. ff. de pign.*; qui textus uti de rusticorum tantum prædiorum servitutibus loquitur, ita & de solis rusticorum prædiorum servitutibus intelligendus est, non etiam de servitutibus urbanis; quia in his diversa ratio est, nempe quod servitutes urbanæ non nisi uni & ei, cui ab initio constitutæ sunt, utiles esse possunt: servitutes rusticæ etiam tertio alicui; quod paulo post plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipso jure (nam servitus præ-

dii ad tempus constitui non potest, *l.4. ff. de servit.*) sed Prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium, *d. l. 12. in fin. ff. de pig.*; quemadmodum & alia multa tutione Prætoris defenduntur, quæ ipso jure non valent, *d. l. 4. ff. de servit. l. 2. ff. comm. præd. l. si unus 27. §. 2. de pact. l. obligationum 44. §. 1. ff. de oblig. cum similibus*. Ex causa autem venditionis sic ab initio quævis servitus, tam urbana quam rustica, constitui potest ipso jure, *l. pen. §. 1. ff. de contr. emt. l. 3. §. 2. ff. de act. emt. l. 6. §. 5. ff. eodem*, quibus locis abutitur *Cujacius 15. obs. 6.* ad ostendendum, etiam formales servitutes vendi posse sine prædio, cum in iis tantum agatur de causalibus, ut Doctores nostri loqui amant, id est, de constituendis, non de constitutis. Sed nec illud verum est, quod *Cujacius* pro vero ponit, servitutes constitutas posse precario dari, per *l. 3. ff. de prec.*; nam illic non agitur de servitute constituta data precario a domino prædii dominantis, sed precario rogata a domino prædii servientis, & hic non tam jus aliquod reale constitui videtur, quam personale. Multo minus idem colligi potest ex *l. 8. §. 5. ff. eod.*; quippe quæ non de servitute precario rogata loquitur, sed de servitute rei præcario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, servitutes formales, id est, jam constitutæ, sive sint rusticæ, sive urbanæ, pignori dari non possunt: quia sine injuria domini prædii servientis efficere non possum, ut servitus, quæ meo prædio debetur, debeat etiam prædio mei creditoris, *fac. arg. in l. servitutes 20. §. stillicidium 5. ff. de serv. præd. urb. l. ex meo 24. de serv. præd. rust. l. non debet 74. de reg. jur.*. At potest servitus prædii rustici, puta via, iter, actus, aquæductus, pignoris causa ab initio constitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non soluta, liceat creditori eam alii vicino vendere, *d. l. 12. ff. de pign.*; quia hic nulla fit injuria domino fundi servientis, qui ipse sibi hanc legem dixit. In servitutibus autem urbanis, licet eadem lege constituentur, idem receptum non est, *d. l. 11. in fin. ff. eod. junct. d. l. 12.* Ratio differentie est, quia unum & idem prædium rusticum eandem servitutum per eundem locum pluribus prædiis præstare potest, *l. qui per 15. ff. comm. præd. l. 2. §. 1. ff. de serv. præd. rust.*

At

At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui servitus ab initio constituta est. Jam vero non satis est ad hoc ut pignus servitutis sit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita constituta servitus: sed etiam necesse est, ut hujusmodi pignus possit distrahi, & reperire emptorem. Et ideo *Paulus* in *d.l. 12.* in hac conventionem pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat, verum etiam, ut illud in conventionem adjiciatur, ut si pecunia ad diem constitutum soluta non fuerit, liceat creditori servitutum, ita sibi pignoris jure constitutam, alteri vicinum item prædium habenti vendere, quippe sino quo pignus esset inutile, *l. 4. ff. de pig. act. l. mulier 11. C. de distr. pign.* Atqui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi causa concessum est jus tigni immittendi, aut stillicidii &c., non est alius vicinus, cui ea servitus usui esse possit. Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex suis ædibus in eandem partem immittendi ullus est usus utilitasve: ac consequenter id certe alter vicinus nunquam empturus est: & alius non vicinus emerit etiam frustra. Fingamus Titium, cum ædes depressas, interjectas inter ædes Gaii & Sempronii haberet, pignoris causa constituisse servitutum altius non tollendi Sempronio, poteritne hæc servitus etiam utilis esse Gajo, qui eam propterea empturus sit? Nego Gajum empturum, quia & sine emptione idem consecuturus est. Urbane ergo servitutis pignus inutile est. At vero jus prædii rustici alii vicino distrahi potest, & is forsan magno id redempturus est, cum possit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos suos, *Molin. extric. labyr. de div. & ind. par. 3. nu. 311. usque ad num. 360. Anton. Fab. 19. conject. 6. & 7. Salmas. de mod. usur. pag. 547. Christin. vol. 2. decis. 177. num. 12. add. Cujacium 15. obs. 6. Duar. 2. disp. 3.*; qui nec in totum nobiscum sentiunt, nec in totum a nobis dissentiunt, nec ipsi inter se conveniunt.

C A P. XXXIII.

An is, in cuius ædibus incendium ortum est, teneatur lege Aquilia ad resarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆc quæstio ut expediatur, sciendum est, incendia aliquando ad casus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod a fulmine excitatur, aut a grassatoribus & incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet: ac proinde hoc ab inhabitantibus præstandum non est, neque actione locati, in qua culpa tantum levis, *l. 5. §. 2. ff. commod.*, neque actione legis Aquiliæ, in qua quidem etiam culpa levissima venit, *l. 44. ff. ad leg. Aquil.*, & ommissio quoque, negligentia (quanquam non simplex ac *l. 13. §. 2. ff. de usufructu*, sed quæ admissa in facto præcedente aut concurrente, unde damni causa, *l. si servus 27. §. si fornacarius 9. l. quemadmodum 29. §. 4. & l. seq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. §. præterea 6. Inst. eod. & ibid. Diod. Thuld. cap. 7.*) casus autem fortuiti non veniunt, *§. 3. Inst. d. tit.*, quippe qui nec ullo in iudicio & a nemine præstantur, *l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig. l. 6. C. de pign. act. l. contractus de reg. jur.*; & ita cape locos in *l. si quis 9. §. 3. l. ex conducto 15. §. 3. ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur. §. 3. Instit. de emt. & vend. & simil.* Incendia autem intrinsecus orta cum culpa conjuncta esse solent, & ideo inter casus fortuitos non numerantur, sed orta esse præsumuntur culpa inhabitantium, *l. 3. §. 1. ff. de offic. præf. vig. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Quando autem culpa seu negligentia præcedit casum, sola culpa spectatur, non casus, *l. qui occidit 30. §. 3. ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus 52. §. 3. ff. pro soc. l. 1. §. 4. in fin. ff. de oblig. & act.*; quamvis quod negligentia fit, etiam casu fieri interdum dicatur, & casus ponatur pro negligentia, *l. 9. ff. de incend. ruin. naufr. l. 5. §. ult. l. 11. §. 2. ff. de pæn.*, quod notandum est.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præsumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata esse, hinc

hinc efficitur, ut nisi contrarium probent, de damno inde il-
lato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis est præsumptionis
juris, ut secundum hanc judicetur, nisi eam labefactaverit ad-
ducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hic onus
probandi in adversarium, contra quem est præsumptio, ut
nisi contrarium doceat, contra ipsum judicetur, *l. 9. l. 12. l. si
chirographum 24. & l. seq. ff. de probat. l. 16. C. eod. C. requisivisti
5. ext. de testam.*. Itaque ego hætenus adduci non potui,
ut verum esse credam, quod *D. Andreas Gail. lib. 2. obser. 21.
nu. 4.* & ibi allegati pro vero ponunt, necesse esse ad hoc, ut
inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi
& determinati hominis: alioqui neminem damnari posse,
propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præsumptio sit ad-
versus omnes & singulos inhabitantes, si hujus præsumptio-
nis vim ullam esse volumus, utique nisi de omnium quoque
& singulorum innocentia doceatur, scilicet ignem innoxium
ab iis habitum fuisse, aut extrinsecus immissum, sententia
certa ferri, & aut paterfamilias nomine damni dati condem-
nari poterit, nisi speciatim de sua diligentia doceat, *l. 11. ff. de
per. & comm. rei vend.*, aut si plures sint inquilini, æque prin-
cipales pro indiviso, omnes, *arg. l. ita vulneratus § 1. §. 1. ff. ad
l. Aquil.*. Nec ulla lege aut ratione satis firma contrarium pro-
bari video. Nam quod de arguendo certi hominis factum dicitur
in *l. 6. §. ult. ff. naut. caup. stabul.*, id quidem verum est in
casu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui ha-
bitandi causa ibi sunt, aut quorum opera caupo utitur, sunt
etiam repentini hospites, & viatores, quorum culpam non
præstat, etiamsi se innoxium esse non probaverit, *d. l. 6. §. pen. §.*
sicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam exercet,
factum præstare debet, & in duplum eo nomine tenetur,
l. ult. §. 1. d. tit.; etiamsi ipse extra culpam sit, tantum ideo, quia
culpæ aliquatenus reus est, quod opera malorum hominum
præsertim tali in loco utitur, *§. ult. Inst. de oblig. quæ quasi
ex del.*: quippe cum etiam publica hic spectetur utilitas, dum
securitati prospicitur iter facientium: Sed profecto neutrum
horum ad casum nostrum pertinet, ubi paterfamilias omnium
suorum factum præstat, extra quam si doceat, se in custo-

diendo igne eam adhibuisse diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præstare, per textum expressum in *d.l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam si adhibuerit, utcunque certæ personæ negligentia incendium ortum esse demonstratur, quam circummeundo & inspiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad faciendum damnum non tenetur, *d.l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Nam si is, cujus culpa arguitur, servus est, liberatur dominus noxæ deditio; si liber, ipse tenetur: quia certis tantum casibus simpliciter & præcise culpam suorum paterfamilias præstat, veluti si negligentia ejus ostendatur in asciscendo perduto aut dissoluto, *l. si servus 27. §. si fornacarius 9. ff. ad leg. Aquil.*; aut si famuli, quorum ministero navem, cauponam, stabulum exercet, in ipsa navi, caupona, stabulo damnum dederint, *l. ult. pr. ff. na. camp. stab.*, vel in eo actu deliquerint, cui specialiter præpositi, *l. 1. §. ult. ff. de publican. & vectigal.*, vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint &c., *l. pen. §. 2. ff. de his qui effud.*; quanquam hic, si servus id fecit, noxæ deditio dominus defungitur, *l. 1. l. 5. §. 6. d. tit.* Extra hujusmodi casus culpa familiæ dominum non onerat, si de sua diligentia docere poterit, *d.l. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis *D. Hotomannus l. 5. obs. cap. 10.* pro eo, quod vulgo & in ipso quoque codice Pisano legitur, *cum incendium sine culpa fieri non possit*, legendum putet demta negatione, *sine culpa fieri possit*, nihil demi necesse est. Movetur *Hotomannus*, ut negationem expungat, duplici ratione. **I.** Quia & casu fortuito incendium accidere potest. **II.** Quia alias sibi contradiceret Jurisconsultus, qui mox subjicit, posse incendium fieri sine culpa patrisfamilias. Utraque ratio indigna tanto viro, id est, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipsis ædibus exorto, non de igne cœlitus immisso, aut ab incendiariis excitato: non posterior, quia primo ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo versantibus agitur: deinde specialiter de solo patrefam.. Nulla autem contradictio est, sed utrumque verum, si dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non posse fieri sine culpa, & tamen posse fieri si-

ne culpa patrisfam., quod & *Cujacius lib. 17. obs. 29.* observavit.

Hinc jam dependet quoque decisio quæstionis, an inquilinus de incendio teneatur locatori ædium actione locati, de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam si venditor insulæ ante traditionem combustæ nomine damni facti tenetur ex emto, nisi de diligentia sua probaverit, *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.*, tenebitur utique & ædium conductor sive inquilinus ex locato, si ædes conductæ incendio consumptæ fuerint, nisi & ipse inculpabilem se esse demonstraverit; quippe cum ratione culpæ eadem sit utriusque præstatio, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de reg. jur.*. Atqui, ajunt plerique, etsi incendia præsumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen ista levissimæ tantum culpæ præsumtio est, quam conductor ex natura contractus non præstat, *d. l. 5. §. 2. commod.*. Respondeo: nec venditor præstat, & tamen nisi diligentiam suam probet, tenetur. Sed neque Jurisconsultus in *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig.* ait, incendia præsumi fieri tantum culpa levissima inhabitantium, sed culpa simpliciter & absolute: quoties autem verbum culpæ absolute ponitur, in usu juris nostri fere non alia, quam levis culpa significatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. ff. de neg. gest. l. 5. §. 2. ff. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. ff. de pos. l. socius socio. 72. ff. pro soc. l. in rebus 17. ff. de jur. dot.* & aliis innumeris locis. Levissima autem culpa passim per oppositum indicatur, verbo diligentia, aut custodia, quo summa & exactissima significatur, *d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1.*, & uno tantum loco verbum *levissima* expressum reperitur, nempe *l. 44. ff. ad leg. Aquil.*. Quinimo juris nostri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quam doli & negligentia, *l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de pan.*. Denique nec *Glossa* in *§. præterea. Inst. de obl. quæ re contr.* id dicit, quod ex ea communiter Interpretes colligunt, levem culpam in casu nostro non præsumi, sed levissimam duntaxat, cujus nomine agi non possit: verum levissimam culpam non nocere inculpabilibus, id est, qui omni culpa carent. Quod si aliud senserit *Glossa*, sine auctoritate & ratione locuta est, ita *Facbin. lib. 1. contr. cap. 87. Moller. lib. 4.*

lib.4. semestr. cap.31., ubi ita iudicatum refert in consilio regio Neapolitano ex *Thom. Grammat. decis. Neap.3.*, & receptum in Scabinatu Lipsensi: vide & *Joan. a Sande lib.3. tit.6. de fin.9.*. Dissentiunt comm. *DD. Mynsing.6. obs.88. Gail.2. obs.21. Thulden. comm. ad Inst. tit. de leg. Aquil. cap.8. Matt. de Affict. decis.57.*. Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis sentiunt.

C A P. XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo 30. annorum praescriptione tollantur? & an longi temporis praescriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonae fidei possessori?

Judicia finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, passim in jure nostro dicuntur duplicia, propterea quod par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, *l. in tribus 13. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. inter coheredes 44. §. qui familiae 4. ff. famil. ercisc. l. iudicium 10. ff. fin. regund.*; eodemque sensu alibi dicuntur mixta, *l. actionis 37. §. 1. ff. de oblig. & act.* Longe vero alio sensu haec actiones mixtae dicuntur, sive mixtam causam obtinere, a Justiniano §. quaedam actiones 20. *Inst. de action.*, nempe quod partim in rem esse videntur, partim in personam: aut utique ita in personam, ut tamen fine & effectu nonnihil commune habeant cum actionibus in rem, *l. 1. ff. fin. regund. junct. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Judicium familiae erciscundae redditur inter coheredes de dividenda hereditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquae communes sunt extra causam hereditatis, *l. 1. ff. famil. ercisc. l. 1. l. 2. ff. comm. div.* Finis utriusque judicii. I. Ut recedatur a comunione, & suam quisque partem pro diviso consequatur; in quo similitudo actionis in rem. II. Ut utrinque praestetur, quod alterum alteri praestare oportet lucri, damni, impensarum nomine, quae sunt praestations personales,

les, *l.item Labeo 22. §. pen. ff. famil. ercisc. d. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. quibus casibus 34. ff. pro soc. .* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad suam normam redigantur, confinique restituatur, quod quis ultra istos fines habet, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. ff. fin. reg. :* quo posteriore aspectu & hæc actio pro rei vindicatione est, *l. 1. eod. tit. .* Quid vero Judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, docet nos *Justinianus* in *§. si familiæ 4. & 2. si q. Inst. de offic. judic. .*

Est porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris personalibus, ut triginta annorum præscriptione tollantur, *l. 7. C. de pet. hered. l. 3. C. de præscr. 30. annor. l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except. ;* ubi *Justinianus* inter actiones personales, quas omnes jubet triginta annorum spatio finiri, nominatim etiam recenset hæc tres familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum; quam hæc pure personales non sunt, sed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30. annorum præscriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut coheredibus confortibusve, possidet: tunc enim alter, qui non possidet, post 30. annorum curriculum has actiones movere non potest, & ita capienda loca modo adducta. Quod si duo communes fines, communemve hereditatem, aut rem singularem communem possideant, etiam si per 30. annos in hac communione manserint, potest alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad divisionem provocare, atque eo nomine superscriptis actionibus experiri. Ratio est, quia ne pacto quidem effici potest, ut nunquam liceat a communione recedere, *l. in hoc iudicium 14. §. 2. ff. comm. div. l. ult. C. cod. l. nulla 70. ff. pro soc. .* Quod autem nulla conventionem effici potest, id nec ullo temporis lapsu fieri debet. Est & altera ratio, nempe quod nulla hoc casu negligentia, in qua fundantur præscriptiones, intervenire potest. Nam quamdiu stamus in communione & simul possidemus, alter alterum pro consorte aut confini habet & recognoscit, eoque præscriptio currere non potest: siquidem singulis pro indiviso possidentibus fieri nequit,

quit, ut alter alterius partem usucapiat, aut alterum lapsu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem *D. Bronchorstius cent. 2. assert. 14. post Costalium in l. 1. ff. fam. ercisc.*, quod præscriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo natæ sunt: actionem autem familiæ erciscundæ &c. non ante nasci, quam coheredes ad divisionem hereditatis provocare cœperunt. Quod dicit præscriptionem non currere nisi postquam actio nata est, verum est: sed falsum & ridiculum, quod ait, tum demum nasci actionem familiæ erciscundæ, quando coheredes a communione discedere volunt. Imo nisi jam ante nata esset ex communione inter eos constituta & quasi ex contractu, §. 3. & 4. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr.*, frustra eam intentarent, aut provocarent ad divisionem. Et quæso qualis hæc collectio est: discedere a communione volentibus datur actio familiæ erciscundæ, *l. 1. ff. fam. ercisc.*; ergo eodem demum tempore nascitur? Si ista collectio bona est, etiam hæc bona erit: volenti repetere depositum, commodatum &c., datur actio depositi aut actio commodati; ergo non ante actiones istæ nascuntur, quam volet repetere: & in universum dicendum erit, nullam actionem prius nasci, quam cum quis ea experiri volet; nemo enim nisi volens agit, *tit. C. ut nem. inv. ag. vel accus. cog.*.

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex heredibus possidet, contra alios procederet præscriptio, quamdiu ad divisionem non provocarent: cuius tamen contrarium ipse quoque *Bronch.* asserit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. I. Quamdiu singuli confinium vel heredum aut sociorum communiter possident, & alter alterum ut confinem, coheredem, consortemve agnoscit, nullam hic dari superiorum actionum præscriptionem, propter rationes supra memoratas. II. Ubi unus tantum possidet, triginta annorum silentio easdem actiones excludi; inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per *textus rotundos in l. ult. C. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de annal. except.*. Sed duo hic nobis objiciuntur loci. Primus est *l. pen. C. fin. reg.*, ubi Imperatores ajunt, submotam esse quinque pedum præscriptionem

in iudicio finium regundorum. Unde dicendum videtur, nulla præscriptione, quantumvis longissimi temporis, actionem de finibus regundis posse tolli. Verum longe aliud est, quod Imperatores ibi significant & constituunt. Confirmant nimirum legem 12. tabularum & legem Mamiliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros spatium 5. pedum relinqueretur a cultura vacuum, ut illac ire sine alterius incommodo agri colendi causa, & aratrum circumducere uterque dominus posset. Hoc spatium appellatur gradus in *l. 3. ff. de term. mot.*; neque id spatium usucapi aut præscriptione acquiri per legem 12. tabularum aut legem Mamiliam potuit, teste *Cicerone l. 1. de legib.*: propterea credo, quod ut res meræ cuiusdam facultatis quinque isti pedes inter confines agros inculti relinquebantur, per *l. 2. ff. de via publ.*. Hanc utramque legem *Imperat. in d. l. pen. C. fin. reg.* confirmarunt. Quod si vero ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus est iudicio finium regundorum, nisi ea actio triginta annorum præscriptione sublata sit, nempe si tamdiu vicinus fines limitesque agri sui quiete & sine interpellatione judiciali possederit: de qua re bene & docte differentem vide *Andream Alciatum l. de quinq. ped. præscript.*. Alter locus est *l. 2. §. cum Stichum 6. vers. sed si fundus, ff. pro empt.*, cui geminus in *l. qui fundum §. 1. ff. eod.*, ubi ex contrario statui videtur actioni finium regundorum etiam longo tempore præscribi 10. vel 20. annis. Sed facilis hic responsio est, nempe casum ibi poni, quo is, qui emit & pro emptore possidet, nunquam fuit confinis, sed statim fundum amplioribus finibus possedit: quo casu cum non de finibus regundis lis sit, sed de proprietate partis fundi, procedit usucapio seu longi temporis præscriptio.

Quid vero si aliquis bona fide iustoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem solus possederit, an non ille saltem partem confinis aut consortis, qui non possedit, dicendus est usucepisse aut longi temporis possessione quæsiuisse? Respondeo: ne hoc quidem dici posse ex iis, quæ jam dicta sunt, satis intelligitur. Nam qui rem communem, licet bona fide, possidet, ita tamen eam

pos-

possidet, ut personali five mixta actione communi dividundo, familiæ erciscundæ, aut finium regundorum conveniri possit: quas actiones non nisi triginta annorum præscriptione tolli supra demonstratum est. Imo nec petitioni hereditatis breviori spatio præscribitur, quæ tamen in rem actio est, & tantum ob præstationes personales, quæ non officio judicis, sed jure actionis in eam veniunt, mixta personalis dicitur, *l. 7. C. de petit. hered.*. Non obstat, quod longo tempore dominium quæri dicitur; quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis est, propter naturam personalis aut mixtæ actionis: siquidem bona fides possessoris five rei conventi efficere non potest, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura sua aut lege habet, per *d. l. 7. C. de petit. hered.*.

C A P. XXXV.

*Quomodo inter fratres instituto familiæ erciscundæ
judicio dividenda hereditas?*

INstituto forte inter fratres familiæ erciscundæ judicio, quæritur, quomodo divisio a judice expedienda sit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat, an vero solius judicis arbitrio facienda sit? Priorem sententiam amplectuntur Canonistæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: posteriorem plerique Legistarum five Interpretum juris civilis sequuntur, ut consentaneam legibus civilibus; quæ & nobis iisdem legibus consentanea esse semper visa est. De posteriore prius dicam, mox visurus an quid secus jure canonico constitutum sit. Igitur posterior illa, quæ Legistarum & nostra sententia est, hanc rationem habet, quod ubi semel judicis officium implorari cœpit, & causa in judicium deducta est, quicquid illud est, quod in judicio illo continetur, cognitioni judicis permittendum & relinquendum sit, *l. ædiles 25. §. item sciendum 8. ff. de ædil. edict.*. Judicium autem familiæ erciscundæ non aliam ob causam instituitur, quam ut judex res singulas pro sua animi religione singulis heredibus adjudicet, utique si res ipsæ sine incommodo dividi non possint. Unde in hoc judicio dicuntur
fie-

fieri adjudicationes, quod notandum. Quod si ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, vicissim in certam summam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor est, ut æqualitas per omnia conservetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes, §.4. *Inst. de offic. jud. l. Mævius 52. §.2. l. si familiæ 55. ff. fam. ercisc.* Nulla hic divisio uni e coheredibus, nulla electio alteri permittitur; fac. *l. 1. pr. l. 2. pr. ff. eod. §. quædam actiones 20. Inst. de actionib.* Frustra autem hic objicitur *l. un. C. de his qui se defer. lib. 10.*; quoniam quod ibi constituitur, jus est singulare, & invitamentum ad deferenda & fisco nuncianda tacita fideicommissa. Quod ut intelligatur sciendum est, cum heres clam fidem suam accommodat, puta per domesticam cautionem vel chirographum, ut hereditatem incapaci restituat, hoc dici fideicommissum tacitum, atque id heredi ablatum vindicari fisco, *l. in tacitis 103. ff. de legat. 1. l. in fraudem 10. ff. de his quib. ut indig. l. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. fisc. l. 1. C. de delator. lib. 10.* Quo autem magis ad hujusmodi tacita fideicommissa fisco nuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari, & quidem qui alios deferunt, certam partem eorū, quæ denuntiarunt, ferre, veluti quartam aut octavam. Qui vero se ipsos, siquidem sit heres, a quo tacite fideicommissaria hereditas relicta est incapaci, pro præmio tertiam partem assis accipere: si is, cui ipsi tacite relicta, profiteatur se capere non posse, dimidiam ei partem præmii vicem dari, *l. edicto 13. l. pen. ff. de jur. fisc. d. l. un. C. de his qui se defer.* Putaverunt Principes ampliori præmio provocandos esse eos, qui se, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quisque se ipsum defert, eo majore quoque præmio invitandū esse: ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommissario quam heredi. Porro cum nec uxori recte tacitum fideicommissum relinqueretur, propterea quod & ipsa ex lege Papia decimaria incapax esset, *l. ult. pr. ff. de his quib. ut indig. junct. l. 2. C. de infirm. pæn. cælib.* (ubi demum lex illa ab *Honorio* tollitur) *Constantinus* in *d. l. un. C. de his qui se defer.* uxori semetipsam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem & optionem partis,

divisione a fisco facta, loco præmii concessit. Quid vero hoc ad divisionem a iudice faciendam inter coheredes de dividenda communi hereditate iudicio familiæ erciscundæ contententes, ubi tota res cognitioni & divisioni iudicis permittitur? Neque vero, hic sive par sive inæqualis divisio facta sit, forti res committenda erit, ut male etiam plerique Legistarum putant, *Jas. post alios in l. 3. C. comm. de legat. Fachin. l. 6. cont. cap. 37. Bronch. 1. miscell. assert. 52.*, sed adhuc adjudicatione, & in divisione impari adjudicatione & condemnatione res transigenda est. Nunquam enim in jure nostro forte res dirimi debet, ubi negotium animi iudicio explicari potest, *l. sacris 47. sub fin. pr. C. de SS. Eccles. l. 8. de pact.*, ubi Prætor partes suas interponit, quia sciri potest, quid in casu illic proposito sit æquius, nimirum ut mitior sententia prævaleat. Simile exemplum est in §. 1. *vers. si autem ipsi Inst. de satisfd. tut.*, ubi item Prætor partes suas interponere jubetur, quoniam causa cognita discernere potest, quis ex tutoribus administrationi magis sit idoneus, *l. testamento 17. §. 1. & 2. cum l. seq. ff. de testam. tut.* Quod si res animi iudicio discerni aut expediri nequeat, tunc ex necessitate devenitur ad sortem: veluti si duo coheredes ad iudicium provocent, uter eorum partes actoris sustinere debeat, forte discerni solet, quia aliter res explicari nequit, *l. sed cum 14. ff. de judic.* Pari ratione si plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures heredes circa electionem dissentiant, controversia forte dirimenda est, quia scilicet nullæ hic partes Prætoris, *l. 3. pr. C. Comm. de legat. §. optionis 23. Inst. de legat.* Simile exemplum in *l. generaliter 24. §. quid ergo 17. ff. de fideic. libert.* Atqui nihil tale occurrit in iudicio familiæ erciscundæ, quippe cum semper in impari adjudicatione ad æqualitatem divisio revocari possit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obstat *l. 5. ff. fam. ercisc.*, ubi in casu, quo omnes ex iisdem partibus heredes sunt, nec inter eos convenit, apud quem cautiones hereditariæ esse debeant, fortiri eos oportere respondetur. Nullum enim isto casu officium iudicis intercedit, sed totum id inter ipsos coheredes citra iudicium transigitur per *l. 2. §. ult. l. 4. pr. ff. l. 6. C. fam. ercisc.*

ercisc. Eodemque fere modo respondendum est ad *l.2.C. quand. & quib. quart. pars lib. 10.*; nam & ibi nullum officium judicis intervenit, sed jussu legis extra judicium partes fiunt, & fors definit, cujus electio esse debeat. Erratque adeo *Jason* cum iis, quos sequitur in *l.3.C. comm. de legat.*, contendens etiam in judicio divisorio familiæ *erciscundæ* sorte rem expediendam esse, *arg. d. l.2.C. quand. & quib. quart. pars.* Plane potest ex conventionem inter coheredes quocunque modo divisio fieri, nempe vel per sortem, vel ut major dividat, minor eligat. Ceterum nihil id ad quæstionem hanc, quæ est de officio judicis, apud quem familiæ *erciscundæ* agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canonistæ autem aliter statuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere, minorem vero eligere. Non habent tamen Canonistæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo sententiam hanc confirmant. Nam in *c.1. de paroch. & alien. parochian.*, quod unum allegant, agitur tantum de Episcopo ob hæresin Donatistarum ante remoto, & ad Ecclesiæ unitatem postea reverso, quem Pontifex vult in partem admitti prioris sui Episcopatus jam alteri Episcopo dati, & divisionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in Episcopatu fuit: alter autem, qui breviori tempore eum tenuit, eligat. At hæc divisio fit sine judicibus, quia visum fuit non esse ex dignitate Episcopos ad arbitrum mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *cap. 13. Genes.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum divisio in judicio facta fuit, neque illi coheredes erant: verum Abrahamus per modestiam Lotho fratris sui filio, qui minor ætate erat, permisit, ut vel in dextram vel sinistram discederet, quo vellet, & alterum latus sibi relinqueret. Et quamvis *Augustinus lib. 16. cap. 20. de civit. Dei*, relata hac historia, subjicit, hinc fortassis effectam esse inter homines pacificam consuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat: tamen inde non sequitur hoc locum habuisse in judicio familiæ *erciscundæ*: sed hoc tantum inde colligere est, in pacifica bonorum divisione, id est, extrajudiciali, hunc morem plerumque observatum. At-

que eodem modo explicandum illud *Senecæ lib.6.declam.1.*: *Major frater dividat, minor eligat*. Ceterum Canonistarum sententiam in Camera Imperiali receptam esse tradunt, *Mynsing.4.observ.37.* & *Gail.2.observ.116.n.12.* *Schurff.cent.1.conf.71.*, & secundum eam respondit *Æmilius Ferretus conf.1.*, quem laudat & sequitur *Costalius in l.1.ff.fam.ercisc.*, & sic quoque Senatum Sabaudiaë censuisse *Ant. Fab.Cod.suo for.dec.2.* & *Mechliniensem Christinaeus vol.2.dec.180.* referunt: ac consuetudine eandem opinionem receptam esse testatur *Guido Papa qu.280.*, quanquam *Ranchinus* & *Bertrandus* nolunt credi huic *Guidonis* testimonio, quoniam aliud jure decisum est: at enim ubi de consuetudine constat, nemo est, qui dubitet, quin inveteratus usus fori pro lege habendus sit.

C A P. XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, quorum res communis est ex causa societatis?

Communio rerum vel ex conventionione inducitur, quæ communio proprie societas dicitur, & ex contractu est; vel citra conventionem, veluti si duobus eadem res legata aut donata sit, *l.ut sit 31.ff.pro soc.*, quæ communio quasi ex contractu nascitur, §.3. *Inst.de oblig.quæ quas.ex contr.nasc.*; quanquam & hi nonnunquam focii appellantur. In utraque autem communione locus est iudicio communi dividundo, *l.2.ff.comm.divid.*, quo iudicio hoc agi constat, tum ut sua cuique parte adjudicata a communione discedat, tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri damni impensarum nomine, *l.3.l.4. §.3.ff.eod.tit.*: unde est, quod hæc actio mixtam causam obtinere dicitur tam in rem, quam in personam, sicut & actio familiae erciscundæ & finium regundorum, §. *quædam actiones 20. Instit. de action.*. At actioni pro socio in utraque communione locus non est, sed tantum in ea, quæ est ex contractu, in consortio voluntario seu societate, sic in usu juris proprie dicta, *ff. & C. pro soc.*; quæ actio tota personalis est, non mixta, de quo inter

omnes convenit. Illud autem quæsitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium divisionem, five communes sint cum societate, five sine societate, tum ad personales illas, quas dixi, præstationes; ita etiam inter eos, quorum res communis est ex causa societatis agi possit actione pro socio, tam ad res dividendas, quam ad personales invicem præstationes. Et dubium quidem nullum est, quin actio pro socio pertineat ad præstationes personales, quas ratio societatis & natura contractus inducit, *l. 1. ff. comm. divid.*. Sed illud quæritur, an duntaxat eo pertineat, an vero & ad rerum divisionem? Communis sententia est, socios ad rerum communium divisionem non tantum communi dividundo judicio agere posse, sed etiam judicio societatis.

Firmamenta hujus sententiæ hæc sunt. I. Quia actio pro socio est rei persecutoria, *l. sed actione 50. ff. pro soc.*; nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat & res communis. II. Quia altera actio alteram tollit, *l. pro socio 38. §. 1. pro soc.*; unde recte colligitur tantundem in utraque prius fuisse. III. Quia judicio societatis ab uno adversus alios instituto distrahitur societas, quasi tacita quadam renuntiatione, *l. actione 65. pr. ff. eod. tit.*. At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua divisio. IV. Quia Jurisconsultus in *l. 1. ff. comm. divid.*, non simpliciter ait actionem pro socio ad personales invicem præstationes pertinere, non ad communium rerum divisionem; sed *συγκριτικῶς* seu comparative magis eo pertinere, quam ad rerum divisionem. Ergo utique etiam ad rerum divisionem pertinet, licet non principaliter, ut judicium communi dividundo, sed per consequentiam duntaxat, quasi hic sit istius loci sensus: in judicio communi dividundo venire præstationes personales per consequentiam, principaliter autem id agi eo judicio, ut res dividantur: contra autem judicium societatis principaliter pertinere ad præstationes personales, ad rerum divisionem tantum per consequentiam. Atque hisce quatuor argumentis communem sententiam adstruit & satis probari putat *Valentinus Reimerus: quæst. jur. dec. 11. thes. 5.*

Ceterum apud me hæc tanti non sunt, ut in istam me sententiam trahere queant. Et magis est, ut ad rerum divisionem actio pro socio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur divisio; sed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæc duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine iudicii. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est, nisi de re adhuc communi, *l. 1. in fin. ff. comm. divid.*. At pro socio actio fere non est nisi de rebus, quæ communes non sunt, ut in commune religantur, *l. cum duobus 52. §. idem Papinianus 8. l. si societatem 73. & l. seq. ff. pro soc.*; aut si est de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, sed ut conferatur in medium. V. C. potest actione pro socio agi de re communi, quæ sit apud unum ex sociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit, *l. rei communis 45. ff. eod.*; non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, sed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriusque iudicii dissimilis. Communi dividundo actio eo principaliter pertinet, ut res communes inter consortes dividantur, atque a communionem recedatur. Sequuntur deinde & præstationes personales, quibus alter alteri propter communionem rerum est obnoxius, *l. 3. pr. ff. comm. divid. §. quædam actiones 20. Instit. de action.*. At actio pro socio tantum est de personalibus præstationibus extradi-
 visionem positis, & ideo ad divisionem non pertinet, *l. 1. ff. d. tit.*, quod aliis verbis declarat *Ulpianus in l. si actum 43. ff. eod.*, ubi ait, actionem pro socio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quisque personali actione aliis debet, *l. servum 44. §. eum qui 5. & seq. ff. de legat. 1. l. qui chirographum 59. eod. 3.*. Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quam in hanc actionem venire præstationes personales earum rerum, quas socius socio debet. Quod autem dicit actionem pro socio non admittere adjudicationem, eo aperte significat eam actionem non spectare ad rerum divisionem. Nulla enim divisio rerum, quæ iudicio petatur, esse potest sine adjudicatione aut partium a iudice discre-
 tarum,

rarum, quarum singulæ singulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non potest, uni adjudicari debet cum mutua ejusdem condemnatione, §.4. & seq. *Instit. de offic. jud.*. . Atque hinc est, quod sublata communione actio communi dividundo simul tollitur, *l. 1. in fin. ff. conym. divid.*; neque enim potest peti rei communis divisio, ubi nulla res est communis: nec agi de præstationibus personalibus eo judicio, quod una cum rei communione sublatum est. At sublata societate nihilominus adhuc agi potest de iis, quæ durãte societate contracta, *l. omne æs 27. l. nemo 35. cum simil. ff. pro socio*; imo & communione sublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iisdem præstationibus agi actione pro socio, nisi & de his actum communi dividundo, *l. pro socio 38. §. 1. ff. eodem*. Cum itaque actione pro socio tantum agatur de præstationibus personalibus, aut ut res, quæ communes non sunt, in commune redigantur: de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, sed ad hoc solummodo, ut in medium proferantur, non ut dividantur, & quisque sociorum partem in his pro diviso consequatur, quod sine adjudicatione, quam actio pro socio non admittit, obtineri nequit, ut superius plenissime probatum est; hinc efficitur & liquet perspicue, actionem pro socio ad divisionem rerum non pertinere.

Restat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis responsio est: nempe non sequitur, actio pro socio est rei persecutoria; ergo etiam persequitur rem communem tanquam communem, ut ea dividatur: sed hoc solum, ergo ea non agitur ad pœnam, seu quod in eam venit, res est & id, quod ex patrimonio nobis abest, *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act.*, non pœna: ut intelligamus eam ex ante gesto non hereditibus tantum, sed etiam in heredes dari, *per vulg.*. . Quod secundo ajunt, actione communi dividundo consumi actionem pro socio & retro, falsum est, & contrarium aperte responsum ab *Ulpiano l. si actum 43. ff. pro socio*, nempe si actum sit communi dividundo, non tolli actionem pro socio; cui non obstat locus *Pauli*, quem proferunt ex *l. pro socio 38. §. 1.*

ff. eod.; nam ex ipsis *Pauli* verbis patet, eum loqui non de rerum divisione, de qua alterutro horum judiciorum actum fit, sed tantum de præstationibus personalibus, de quibus ait, si actum fit communi dividundo, tolli actionem pro socio; & contra si actum sit pro socio, de iisdem præstationibus agi non posse communi dividundo. Hinc autem minime sequitur, facta sola rerum divisione in iudicio communi dividundo tolli actionem pro socio, quæ ad divisionem non pertinet, sed ad personales invicem præstationes duntaxat, *d. l. si actum 43. ff. eod.*; nec si actum sit pro socio, tolli actionem communi dividundo respectu precipuæ petitionis huius iudicii, ut scilicet res communes dividantur, & singulis in his sua pars pro diviso adjudicetur. In 3. argumento manifestus error est, *παρὰ τὸ ἐπὸ μέρους*. Nulla enim consequentia est; actione pro socio distrahitur societas, quasi tacita renuntiatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur divisio: si quidem renuntiatio non alio directo tendit, quam ad dissolutionem societatis; qua soluta nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus est iudicio communi dividundo. In quarto & postremo, quod sumitur ex verbis *l. 1. ff. com. div.* & ceteris, videtur speciosius: vitium est *παραρρητικῆς*. Nam quod ibi *Paulus* ait, pro socio actionem magis ad personales invicem præstationes pertinere, quam ad rerum communium divisionem, id non *συγκριτικῶς*, ut vulgo, sed *ἑπιλεκτικῶς*, non comparative, sed elective ab eo dici intelligendum est: ut hæc sit iurisconsulti sententia; si quærat, an actio pro socio pertineat ad utrumque caput, an vero ad actiones personales tantum? magis, id est, potius dicendum sit, non pertinere ad utrumque, sed tantum ad præstationes personales: qua forma loquendi nihil est apud nostros usitatius, *l. 6. §. 3. ff. si serv. vind. l. plenum 12. §. 2. ff. de us. & habit. l. si vero 12. §. cum quidam 12. l. inter causas 26. §. non omnia 6. ff. mandat. l. 5. §. is quoque 3. ff. de v. & act. & simil.*: ita post *Glossam Charundas* & *Pacius* ad *d. l. 1. Donell. comm. 13. c. 7.*; eademque videtur esse sententia *Oldendorpii cluss. 4. act. 21. §. 6. num. 11.* & *Bachovii* notantis *Wesembecium parat. ff. pro soc. n. 12.*. Quibus

omnibus adde, quod si dicamus actionem pro socio etiam pertinere ad rerum divisionem, atque ea quoque actione partem suam quemque persequi, ad instar ejus qui vindicat, quam partem & divisione rei consequatur actio pro socio non minus mixtam causam obtinebit, tam in rem, quam in personam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg. §. quædam 20. Instit. de action. l. 1. ff. fin. regund.*: quod tamen ne contrariæ quidem sententiæ auctores ausint affirmare.

C A P. XXXVII.

An actio negotiorum gestorum electivè concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciscundæ?

Questio hæc nata est ex locis in speciem contrariis, nam in *l. filiæ 18. §. 1. C. fam. ercisc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt tanquam de re non ambigua, sumtus in communi hereditate ab uno bona fide factos familiæ erciscundæ iudicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eandem sententiam Divi Severus & Antoninus, solutum pro coherede actione negotiorum gestorum vel familiæ erciscundæ posse repeti, *l. 3. C. de neg. gest.*. Contra in *l. 18. §. ult. ff. fam. ercisc.* in eadem specie datur sola familiæ erciscundæ. Et in *l. Mævius 52. §. 1. ff. fam. ercisc.*, ubi servus liber & heres esse iussus coheredibus suis id, quod apud eum reliquum est ex administratione rationum domini, non alio iudicio præstat, quam familiæ erciscundæ. Cui loco iterum e diametro videtur obstare *l. pen. vers. earum autem summarum ff. de reb. cred.*, ubi Africanus negat eo nomine competere coheredibus servi actionem familiæ erciscundæ, sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili, ut videtur, casu Labeo actionem familiæ erciscundæ dat, *l. fistulas 78. §. 2. ff. de contr. emt.*; quo Imperatores in *l. in familiæ 20. C. fam. ercisc.* actionem negotiorum gestorum dari debere, non familiæ erciscundæ respondent. Ne quis autem putet nihil aut parum interesse, qua actione consors contra consortem experiatur, negotiorumne gestorum, an familiæ erciscundæ, com-

munive dividundo, is scire debet, non esse easdem horum
 judiciorum præstationes. Nam iudicio communi dividundo
 & familiæ erciscundæ confors consorti heresve coheredi non
 obligatur ad præstandam exactissimam diligentiam, ut etiam
 nomine levissimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum
 negotiorum gestorum iudicio tenetur gestor domino negotio-
 rum, §. 1. *in fin. Instit. de obl. quæ quas. ex cont.*, sed levis
 duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præstet, qua-
 lem in suis rebus, *l. heredes 25. §. non tantum 16. ff. famil.
 ercisc.*. Quomodo ergo loca superiora ἐναυτιοφανῆ concilia-
 bimus? Adhibita nimirum distinctione, ut siquidem heres
 vel socius in re communi negotium individuum gessit, locus
 sit actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo; si
 dividuum, actioni negotiorum gestorum. Individuum au-
 tem negotium intelligimus, quod coheres aut socius non
 potest pro sua tantum parte gerere: Dividuum contra quod
 pro sua quisque parte gerere potest. Hanc distinctionem & con-
 ciliationem nobis suppeditant *l. 6. §. 2. vers. ceterum ff. com. div.
 l. heredes 25. §. si unus 15. & seq. fam. ercisc. l. si communes 40. ff.
 de neg. gest. l. fistulas 78. §. 2. ff. de contr. emt.*. Igitur ubi unus e
 coheredibus rem communem vendidit & pretium percepit,
 cum eo non est coheredi actio familiæ erciscundæ, sed aut
 mandati, si mandatum præcessit, aut negotiorum gestorum,
 si coheres ratam habuerit venditionem, quia suam solius
 partem vendere potuit, *l. in familia 20. C. fam. erc.*. Simili-
 ter, si pro communibus ædibus damni infecti vicino in soli-
 dum cavero, negotiorum gestorum actione, non communi
 dividundo iudicio, quod præstiti, petere debeo: quia potui
 partem meam defendere sine parte focii, *l. si communes 40. ff.
 de neg. gest.*. Ex contrario, si unus ex coheredibus noxali
 iudicio servum hereditarium defenderit, & litis æstimatio-
 nem obtulerit, cum hoc expediret; aut si unus legatorum
 nomine caverit, ne in possessionem mitteretur, quia hæc pro
 parte expediri non possunt, iudicio familiæ erciscundæ est
 locus, non negotiorum gestorum, *l. heredes 25. §. si unus 15.
 ff. fam. erc.*. Pari ratione, si unus e coheredibus debitum he-
 reditarium solverit, ne pignus veniret, familiæ erciscundæ

judicio experietur, quia pignoris obligatio est individua, *l. his consequenter* 18. §. ult. & *d. l. 25. §. idem observatur* 14. eod. . Eandem ob causam & in specie *l. fistulas* 78. §. 2. ff. de contr. emt. non negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ agitur, ut in fine §. indicat ipse Jurisconsultus. Nulla vero pugna est inter *d. l. Mævius* 52. §. 1. ff. fam. ercisc. & *d. l. pen. §. earum autem summarum* ff. de reb. cred., quarum in illa etiam nomine negotii dividui a servo coherede gesti datur coheredibus ejus actio familiæ erciscundæ: in hac eodem nomine sola negotiorum gestorum. Nam in illa casus proponitur, quo pecuniæ ex administratione gesta vivo domino reliquæ erant in hereditate mortis tempore, & proinde non alio judicio, quam familiæ erciscundæ, earum summarum nomine servus, apud quem reliquæ sunt, coheredibus tenetur. At in hac species proponitur contraria, quando scilicet servus pecunias a debitoribus Calendarii exegit demum post domini mortem, quo casu cum potuerit suam solius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum coheredibus competit; ita recte *Costalius & Cujacius* post *Glossam* in *d. l. pen. Bronchcent. 2. assert. 13.* Quod si ratio hujus distinctionis quærat, ea non est usque adeo obscura. Nam cum coheres vel confors negotium individuum gessit, creditur id fecisse, tanquam coheres, aut confors potius, quam alius quilibet, propterea quod id gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: & ideo hic locus est actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cum eam per se recte administrare posset, nihilominus totam rem communem administravit, hoc casu partem coheredis aut socii sui administrasse intelligitur, tanquam amicus & negotiorum gestor, ratione nimirum contraria: itaque hic actio negotiorum gestorum duntaxat competit, *l. heredes* 25. §. non tantum 16. ff. fam. erc. l. 6. §. 2. ff. comm. divid.

Poteramus jam hinc discedere, nisi negotium nobis fa-
cesserent *l. filia* 18. §. 1. C. fam. ercisc. & *l. 3. C. de neg. gest.* initio hujus capituli a nobis allegatæ, & denique *l. liberto* 31. §. ult. ff. eod. tit., in quam, dum hæc scribo, forte incidi. In

d.l. filia §.1. Imperatores simpliciter rescribunt, non esse ambiguum, quin sumtus ab uno bona fide facti in communi hereditate servari possint, vel familiæ erciscundæ iudicio, vel actione negotiorum gestorum: quibus verbis videntur ei, qui sumtus fecit, potestatem concedere eligendi, qua actione experiri malit, sine ulla distinctione negotii quod gestum est, utrum eos sumtus pro parte sua tantum facere potuerit nec ne. Respondemus, quod illic ab Imperatoribus omissum est, sumendum esse ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in casu suo habili: nempe ut sumtus servari possint iudicio familiæ erciscundæ in negotio individuo, veluti si ædes communes fulsit &c., actionem autem negotiorum gestorum in negotio dividuo, veluti si æs alienum hereditarium solvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit, *l.3.C.de neg.gest.l.si communes 40.ff.de neg.gest.*. Evertere autem totam hanc distinctionem videtur locus in *d.l.3.C.de neg.gest.*, in cuius loci casu secundo datur coheredi, qui pignus liberavit, vel familiæ erciscundæ actio, vel negotiorum gestorum. Atqui pignus pro parte liberari non potest, *l.1.l.2.C.si un.ex plur.her.cred.*, ac proinde si vera est distinctio supra posita, dicendum erat, hoc casu non actionem negotiorum gestorum, sed solam familiæ erciscundæ competere, sicut ab *Ulpiano* in tali specie responsum est, *l.bis consequenter 18. §.ult. l.heredes 25. §.idem observatur 14. ff.fam.ercisc.*. Ceterum non est quod hac objectione moveamur. Duplex in *d.l.3.C.de neg.gest.* proponitur casus: unus, ubi totam pecuniæ summam coheres solvit, pro qua nullum pignus datum erat, quo casu datur sola actio negotiorum gestorum: quia negotium dividuum est, ubi pecunia sine pignore debetur, *l.2. §.1. ff.de verb.oblig.*. Alter, qui mox sequitur, est, cum pro communi debito hereditario pignus datum est: quia autem pignoris obligatio est individua, non potest unus e coheredibus ne quidem ex parte illud liberare, pro sua tantum parte solvendo, *l.1.l.2.C.si un.ex plur.her.cred.*. Perro in hoc posteriore casu distinguendum est, utrum hereditas jam ante divisa sit iudicio familiæ erciscundæ, & nihil commune remanserit, nec ne. Priori casu ex necessitate datur

actio negotiorum gestorum : quoniam neque familiæ erciscundæ judicium iterum intentari potest, *l. si filia 20. §. familia 4. ff. famil. ercisc.*; neque locus esse potest judicio communi dividundo, ubi nihil remansit indivisum, *l. 1. ff. comm. div.*.
 Posteriore casu ubi hereditas nondum divisa est, sola competit actio familiæ erciscundæ : quam distinctionem locus ipse suggerit. Nam prior casus est in *vers. sive pignoris liberandi* usque ad illum *vel judicio*, argumento a contrario verborum sequentium sensu. Posterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciscundæ, si non est inter vos redditum*. Locus ultimus, qui huic nostræ & communi distinctioni objicitur, est *l. liberto 31. §. ult. ff. de neg. gest.*, ubi ei qui in defensione communis aquæ, id est, servitutis aquæ sive ducendæ sive hauriendæ, sumtus fecit, non communi dividundo, sed negotiorum gestorum actio datur: cum tamen servitutes prædiorum sint individuae, *l. 72. ff. de verb. obl.*, & ideo secundum distinctionem supra positam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo actio dari deberet. *Ant. Faber* ad hunc locum in *rational.* respondet, potuisse socium partem suam communis aquæ ita defendere, ut tamen socii sui partem defendere non cogeretur : etsi enim servitus per partes acquiri non potest, tamen per partes potest retineri, *l. 8. §. 1. ff. de serv. l. si quis 30. §. 1. ff. de serv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per se juris prædii communionem esse, & ideo hic non communi dividundo, sed negotiorum gestorum agendum per textum expressum in *l. arbor. 19. §. 2. ff. comm. div.* : communem autem aquam in *d. l. liberto §. ult. de neg. gest.* appellari, quæ prædio communi debebatur.

C A P. XXXVIII.

*An in judicio familiæ erciscundæ absolutio & condemnatio
 facienda in personis omnium?*

SI in libello plures res seu plura capita comprehensa sint, vix dubium est, quin sententia super aliquo aut aliquibus eorum lata valeat, nisi capita connexa sint, ita ut separari
 ne.

nequeant, *l. etiam 29. §. 1. ff. de minor. ubi Gloss. Bart. & alii, l. pen. C. de transact.*; quot enim species sunt seu litis capita, tot sunt sententiæ, id est, tot sententiæ separatim ferri possunt, *l. quod tamen 21. ff. de recept. arbit. arg. l. scire debemus 29. ff. de verb. obl. & ibi Alex. l. pen. C. de sent. & interloc. Vant. de null. sent. ex def. process. n. 100.* Sed & si unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum est, si plures sint in lite, & eorum quidam post litem contestatam reipublicæ causa abesse cœperint, neque defendantur; nempe sententiam ferri posse ratione præsentium, & absentium respectu iudicium diffindi, *l. non idcirco 44. ff. de judic. & ibi Gloss. & DD.*, nisi forte causa individua sit, *l. 4. ff. si ex nox. ca. ag. Vant. d. loc.* Quia & si generali iudicio divisorio actum sit, puta familiæ erciscundæ, & quædam ex rebus hereditariis indivisæ relictæ, valet nihilominus sententia, & de rebus indivisis communi dividundo agi potest, *l. si filia 20. §. familiæ 4. ff. fam. ercisc.* At si unum duntaxat sit litis caput & unus adversarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc iudicium scindi non potest, ut de re in iudicium deducta partim iudicetur, partim non iudicetur, sed totam causam sententia dirimi oportet, *l. 19. §. 1. de rec. arb. V. C. si petitis 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus sit, non valebit sententia, nisi de reliquis 50. absolutus fuerit.* In appellationis autem iudicio sententia prior partim confirmari partim infirmari potest, *l. quædam mulier 41. ff. fam. ercisc. l. ult. ff. de jur. patron. Bartol. in l. 1. C. si adv. rem. judic.* Ex quo porro illud sequitur, eandem sententiam partim justam esse posse partim injustam, partim valere partim non valere, ut in specie *d. l. quædam mulier.* Divisio, quam fecit iudex familiæ erciscundæ pro parte valet, pro parte non valet. Sed huic loco obstare videtur, quod *Paulus* respondet in *l. in hoc iudicio 27. ff. eod. tit.*, in iudicio familiæ erciscundæ condemnationes & absolutiones in omnium personis faciendas esse, & ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valere; adjecta hac ratione, quia non potest ex uno iudicio res iudicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc significat, iudicem non posse de re, quæ tota in iudicium

dicium deducta est, pro parte judicare, pro parte judicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura sunt petitionis capita, sententiam super uno eorum latam valere, & in familiæ erciscundæ judicio posse aliquid indivisum a iudice relinqui, cujus divisio postea petatur iudicio communi dividundo. Ceterum nullam hic esse pugnam, loco illo *Pauli* exposito, nempe *d. l. in hoc iudicio 27. ff. fam. ercisc.*, patebit. Ait Jurisconsultus: *In hoc iudicio condemnationes & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt.* Quod notandum est: ex eo enim intelligimus loqui Jurisconsultum de præstationibus hujus iudiciæ personalibus, quæ damni lucri, impensarum nomine inducuntur, non de rebus, earumve divisione. Ex utrisque constat iudicium familiæ erciscundæ, *l. item Labeo 22. §. 4. ff. fam. erc. junct. l. 3. ff. comm. divid.*. Si de rebus locutus esset, ita scripsisset: *In hoc iudicio adjudicationes & condemnationes, &c.*, ut in *l. cum putarem 36. ff. eod. l. 2. §. 1. ff. fin. reg.*. Nam adjudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur, §. 4. *Inst. de offic. jud.*: at condemnationum & absolutionum nullus est inter se ordo. Omissa igitur adjudicationum mentio satis indicat, non de rebus, quarum adjudicatio est, sed de personalibus invicem præstationibus tantum Jurisconsultum loquutum esse; quanquam & in rerum adjudicatione hoc observandum, ut de re, quæ tota in iudicium deducta est, plena sententia feratur. Potest quidem aliquid in rerum divisione & adjudicatione indivisum manere in iudicio familiæ erciscundæ; quia res plures in hoc iudicium appellatione familiæ deducuntur, & quod sic omissum est, potest dividi postea iudicio communi dividundo, *l. si filia 20. §. 4. ff. fam. erc.*; sed de qua re sententia fertur, de ea tota ferenda est non pro parte. Et sic quoque de præstationibus personalibus, quæ specialiter in iudicium deducuntur, iudex non recte pronuntiat, nisi plene pronuntiet, facta scilicet, vel condemnatione vel absolutione in omnium personis, a quibus petuntur. Quippe unum iudicium non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quæ in iudicium venit, partim iudicetur, partim non iudicetur. Non potest, inquam, res in iudicium dedu-

Etta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum, de qua pronunciatum est; in partem autem omissam non valere; sed causam, quæ tota in iudicium deducta est, & totam sententia iudicis dirimi oportet. Denique plena debet esse sententia iudicis, *l. qualem 19. §. 1. ff. de recept. arbitr.*: semiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor sunt coheredes, qui inter se agunt iudicio familiæ eriscundæ. Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primus, qui impensas in communi hereditate fecerat; Secundus & Tertius eo nomine pro suis partibus impensas sarcire damnati sunt; Quarti damnatio omissa. Non valebit hæc sententia, quia plena non est. Plena vero est, etsi non de omnibus præstationibus personalibus, quæ in iudicium deductæ sunt, quasque a se invicem coheredes petierunt, iudicatum sit, dummodo in omnium persona unius ex iis nomine condemnatio vel absolutio facta sit: quia & de capite uno litis sententia lata plena sententia est, *l. pen. C. de senten. & interloc.*, quæ Græca Justiniani constitutio a Cujacio restituta est, *li. 12. c. 2. obs.*, & est communis sententia. Jam, credo, apparet, nullam quoque esse discordiam inter *d. l. quedam mulier 41. ff. fam. erisc.* & *d. l. 27. ff. eod.*. Nam in specie *d. l. quedam mulier* iudex non semiplenam, sed plenam sententiam protulit, de omnibus scilicet, quæ in iudicium deducta erant, pronuntians nulla parte omissa; itaque non peccavit in regulam *d. l. 27.*, quamvis de una parte bene, de altera male iudicasse dicatur. Nimirum aliud est de diversis partibus altera bene, de altera male iudicare: aliud de re tota in iudicium deducta non integre, sed pro parte tantum & semiplene iudicare, quod *d. l. 27. & l. ult. ff. de jur. patron.* improbitur. Nec hoc latuit *D. Augustinum*, qui breviculi cum *Donatistis col. 3. Legibus*, inquit, *iudex prohibetur semiplenam proferre sententiam: Cujac. lib. 23. obs. 1.*. Dices fortasse, cur igitur appellatur a sententia in specie *d. l. 27.* lata? Respondeo, quia iudex etiam libertos diviserat, qui nullo jure dividi poterant, cum non sint in patrimonio defuncti, nec in rebus hereditariis. Itaque valet quidem hæc sententia; at per appellationem potest rescindi pro ea parte, quatenus male

judicatum, Nullum enim dubium est, quin judex appellationis possit sententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte rescindere. Alii aliter respondent, sed meo judicio minus bene: quod nunc non tango.

C A P. XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda sit rei debite æstimatio, si ea creverit aut decreverit?

QUÆSTIO hæc valde perplexa est, nullusque est hodie vel judex, vel patronus, vel jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus, quoties, cum condemnatio facienda in rei petitiæ æstimationem, quæritur, ad quod tempus æstimatio referri debeat, ut ait *Cujacius tract. ad African. §. in l. hominem 37. ff. mandat. in fin.*. Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & æque bona creditori reposcenti reddatur, *l. 2. pr. l. 3. de reb. cred.*. Dum autem res reddatur ejusdem generis eademque bonitate, liberatur debitor, quantacunque sit præsens æstimatio, quippe æstimatio extra rem est, & magis proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod si res ipsa præstari non potest, aut non æque bona, ut necesse sit condemnationem fieri in rei æstimationem, hic jam locus est quæstioni propositæ, quodnam tempus in æstimatione ineunda spectandum sit. Atque hoc non in mutuo tantum, sed etiam in stipulatione & contractibus bonæ fidei, emtione, venditione, commodato, deposito, pignore, mandato &c. quæritur. Primum dicam quid hic mihi respondendum videatur ex ratione juris scripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique Interpretes testentur.

Æstimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis: jure actionis, cum in obligationem deducta est a contrahentibus, puta cum quis eam stipulatus est, ut in specie *l. fundum 28. ff. de navat.*; aut cum ab initio deberi cæpit, ut in specie *l. hominem 37. ff. mand.*. Officio judicis venit æstimatio, cum petitur res ipsa, quæ in obligationem deducta est, sed ea præstari non potest, aut non potest tam bona. Hic enim
offi-

officio judicis in locum rei succedit ejus æstimatio, *l. plerumque 10. in fin. ff. de jur. dot. junct. l. si servum 91. §. ult. de verb. obl.*, & ita cape *l. vinum 22. ff. de reb. cred.*. Cum petitur æstimatio jure actionis, quæstio hæc locum non habet, utrum creverit, an decreverit æstimatio. Eam enim æstimationem judex adjudicat, in quam debitor initio se obligavit, *d. l. fundum 28. de novat.*, aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *d. l. hominem ff. mandat.*. Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem est deductum, estque hic æstimatio ipsum principale debitum, quod ex obligatione præstandum est: ideoque sicuti homine promisso ipse homo petitur, ita & promissa æstimatione, non nisi ipsa æstimatio, qualis & quanta in obligationem deducta est, petenda & præstanda erit. At cum æstimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæstio, non in pecunia credita, cujus est perpetua æstimatio, *l. 1. ff. de contr. emt.*, sed in frumento, vino, oleo &c. mutuo datis, quæ pecunia æstimantur, *l. si ita 42. ff. de fidejuss.*; item in ceteris rebus debitis ex quocunque contractu. Veteribus in hac quæstione placuit hæc distinctio, ut si quidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æstimanda spectaretur dies adjectus, insuper habito, an contractus sit bonæ fidei, an stricti juris, *l. vinum 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem 12. §. 1. ff. si quis caut. jud. l. si calendis 11. ff. de re judic. l. quoties 59. ff. de verb. oblig. l. 37. §. 1. ff. mand.*. Diem autem adjectum hic spectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino a quo, debere judicem auctæ æstimationis rationem habere, in strictis judiciis usque ad litem contestatam, in bonæ fidei usque ad condemnationem, quasi mora contracta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inspicere, quanti res plurimi post moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit, *d. l. vinum de reb. cred. d. l. ult. de cond. tritic.*, usque ad litem contestatam ut extremum in strictis, usque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l. 3. §. 2. ff. commod.*. Non obstat *l. cum quis 22. ff. de oblig. & act.*: nam illa Jurisconsulti verba, *ejus temporis æstimatio spectanda est, quo satis accepit*, sic accipienda sunt, ut significetur

cetur id tempus, quo ut merx solveretur, fidejussor se obligavit: vel cum *Cujacio* in *d.l. cum quis tract. 3. ad African.*, & in *l. quoties 59. de verb. oblig.* ponendus casus, quo fidejussor intervenit, cum jam dies venisset, quo reus solvere debuit, *arg. l. 9. §. 3. ff. de pign. act.*. Quod si pura sit obligatio, in bonæ fidei judiciis spectatur tempus litis contestatæ, ut terminus a quo; tempus rei judicatæ, ut extremum, & terminus ad quem: nisi res perierit, quia res antea extincta non potest æstimari, quanti tunc est, cum sententia fertur, & ideo æstimatur, quanti fuit tempore interitus, per *l. 3. ff. de cond. tritic.*. In strictis autem inspicitur tempus litis contestatæ duntaxat, id est, ut terminus a quo, & ad quem simul, *d. l. 3. §. 2. ff. commod.*: nisi mora facta sit, quo casu tempus moræ est terminus a quo in utroque genere judiciorum. De strictis est in *l. hominem 37. §. 1. ff. mandat.*, de bonæ fidei in *l. 3. §. ult. l. sterilis 21. §. 3. ff. de act. emt.*. Licet enim raro sine mora ad judicium perveniatur, *l. 3. pr. ff. de usur.*; aliquando tamen id fieri potest, *l. sciendum 21. & seqq. eod.*. Itaque quantum æstimatio crevit a tempore moræ usque ad judicium acceptum in strictis, in bonæ fidei contractibus usque ad rem judicandam hic præstandum erit, *l. 3. §. 2. ff. commod.*. Contra si creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æstimabitur, quanti minimi, *arg. a contrario*. Quod si quis jam quærat, cur in strictis judiciis tempus litis contestatæ, in bonæ fidei tempus rei judicandæ, ut extremum, spectetur: ratio hæc est, quia in strictis judex adstringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc est, cum petitur, *l. 2. ff. de usur.*; & huc pertinet *d. l. 22. ff. de reb. cred.*. In bonæ fidei vero judiciis non ita est; judex formulæ non est adstrictus, & potest judex etiam eorum, quæ postea contingunt, rationem habere, sicut & exceptiones formulæ non insertas post litis contestationem potestmittere, *l. plane 38. l. ult. ff. de ber. petit. l. 3. ff. de resc. vend.*

Non obstat *l. 5. §. ult. ff. de in lit. jurand.*, ubi si post moram, aut culpa debitoris res perierit ante litem contestatam, & judex aditus sit, ea jurejurando in litem æstimanda dicitur, etiam in strictis judiciis. Nam liberum est actori recusare jusjurandum, si de æstimatione, testibus aut instrumentis

probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem, tam veritatis, quam affectionis, actoris gratia comparatum est, *l. quod si 71. ff. de rei vind.*; & quærimus hic non de æstimatione, quæ fit a parte, sed a iudice. Nihil quoque in contrarium facit. *l. cum fundus pr. 31. ff. de reb. cred.*; quia illic nulla quæstio est de æstimatione rei petitæ, sed de fructibus, accessionibus, & causa rei. Certum autem est, post iudicium acceptum omnem causam actori præstandam esse, id est, id omne, quod habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ res petita restituta aut soluta fuisset; hæc enim omnia una cum re tacite in iudicium deducuntur, & ad officium iudicis pertinent, *d. l. 31. de reb. cred. l. præterea 20. l. ex diverso 35. §. 1. ff. de rei vind. l. 2. l. 3. §. 1. l. videamus 38. §. si actionem 7. ff. de usur. l. ædiles 25. §. item sciendum 8. ff. de edil. edict.* Non adversatur etiam *l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.*, ubi dicitur in conditione furtiva, quæ stricti juris actio est, si quærat, cujus temporis æstimatio fiat, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fur semper, hoc est ab initio rei ablatæ, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in conditione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit usque ad litem contestatam, æstimatur, *l. ult. in fin. eodem tit. fac. l. pen. ff. de act. rer. amot.* Nec adversatur huic responsioni *l. 2. §. 3. ff. de priv. delict.*: neque enim hoc dicimus, in conditione furtiva æstimationem restringi ad annum retrorsus computandum ex die iudicii accepti, ut fit in lege Aquilia; sed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ usque ad acceptum iudicium æstimari. Magis obstat *l. 3. ff. de cond. trit.*, ubi in æstimatione rei facienda condemnationis tempus spectari dicitur in conditione triticiaria, quæ creditur esse stricti juris. Respondet *Pacius*, conditionem triticiariam non differre ab aliis actionibus specie, sed tantum qualitate adjectitia, & aliarum, quarum est adjectio, naturam imitari, *arg. l. 1. ff. eod. tit.*; sicut actio de peculio, institoria, exercitoria &c. non sunt actiones per se constantes, sed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depositi, ex emto, ex stipulatu &c., adjectiones, quarum actionum naturam & ipsæ imitantur. Quapropter casus habilis in *d. l. 3.* ponendus est, nempe si triticiaria de æstimatione

tione agatur ex causa bonæ fidei judicii, puta ex causa commodati, depositi, pignoris &c., non autem si eadem actione agatur ex causa mutui aut stipulationis. Ita *Julius Pacius cent. 3. quæst. 72.*: alii aliter. *Ant. Faber l. 16. conject. 4.* putat *d. l. 3.* intelligendam de casu, quo post condemnationem triticaria de æstimatione agitur, & fortasse rectius: sed amplius deliberandum; vide *Cujac. in l. quoties 59. ff. de verb. obl. Don. in l. vinum 22. ff. de reb. cred. Duar. ad tit. C. si cert. pet. c. 8. Hotoman. ill. quæst. 16. Ant. Fab. 16. conject. c. 2. & seqq. & Cod. for. tit. si cert. pet. de fin. 7. & seqq. Perez. in C. eodem num. 25. Bronch. cent. 2. assert. 19. Schiford. lib. 1. tract. 20. & 8. seqq.*

Ceterum ex communi Interpretum sententia, cum de ineunda rei æstimatione queritur, nulla inter judicia bonæ fidei & stricti juris facienda est differentia, nisi cum agitur de rei æstimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda, *DD. post Bart. & Cast. in l. 22. ff. de reb. cred.*; ita enim accipiunt, quod scriptum est in *l. 3. §. 2. ff. comm.*; quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis strictis, quam bonæ fidei, inspiciendum erit tempus moræ, si qua litis contestationem præcesserit, & eo tempore res pluris fuerit, sive mora re ipsa contracta sit, ut puta venditore post acceptum pretium cessante in tradenda re vendita, cujus tradendæ facultatem habet, ut in specie *l. 13. §. veniunt 20. ff. l. 5. C. de act. emt.*; sive per lapsum diei in obligatione positi, ut in *d. l. 22. & l. 11. ff. de re judic.*; sive per expressam interpellationem factam vel in judicio vel extra judicium opportuno loco & tempore, *l. mora 32. ff. de usur.*. Quod si tempore moræ res minoris fuerit, crescet in singula momenta æstimatio ab eo die, quo mora contracta est, in diem usque condemnationis, si non medio tempore mora purgata, nec postea rursus contracta sit, *arg. l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.*; cum alioqui futurum sit, ut moroso debitori sua prosit frustratio contra *l. hominem 37 §. 1. ff. man.*. Sed & post condemnationem crescet æstimatio per *l. 3. ff. de cand. tritic.*, sive a sententia perperam & sine causa provocatum sit, sive post quadrimestre, quod faciendo judicato datur, *l. ult. C. de usur. rei jud.*, novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius q. adrimestris temporis in-

ducia, etiam cum mora præcessit condemnationem, condemnato immunes erunt a periculo augmenti æstimationis, si forte interea creverit. Interdum vero juxta eandem Interpretum sententiam spectandum tempus contractus; eaque debetur æstimatio, quæ tum præcise fuerit, nimirum si ita ferant verba contractus, & æstimatio ipsa fit in obligatione, obligatio autem ipsa contractus tempore oriatur, ut in specie *l. 28. ff. de novat.*. At si obligatio præstandæ æstimationis non statim oriatur, ejus temporis habenda ratio, quo oriatur; ut evenit in casu *l. hominem 37. ff. mandat.*, cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejussit, & solvit: quoniam ab eo demum die, quo solvit, nascitur obligatio & jus petendæ æstimationis, per *l. 22. ff. de oblig. & act.*: actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine actori abest. Hanc sententiam propter communem Interpretum fere omnium consensum Curias omnes nunc sequi testatur *Ant. Fab. C. suo for. si cert. pet. defin. 15.*, nec in tam multis a ratione juris scripti abhorret, ut ille existimat: add. *Costal. ad l. vinum 22. ff. de reb. cred. Sand. lib. 3. tit. 4. defin. 8.*

C A P. XL.

An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat?

QUæstio hæc tota Academica est, cui causam dedere duo loci inter se contrarii, non in speciem & κατὰ τὸ γὰρ ὁ μὲν, sed ὅντως, & revera: nempe *l. singularia 15. ff. de reb. cred.* & *l. qui negotia 34. pr. ff. mandat.* Ita jus est, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam si de mea tua facta sit: in hoc enim mutuum damus, ut rerum creditarum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non potest, nisi & is qui credit, dominus sit, *l. 2. §. in mutui 4. ff. de reb. cred. junct. l. nemo 54. ff. de reg. jur.*. Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur, ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat, *d. l. 2. §. 1. Inst. quib. mod. re cont. oblig. in pr.*. Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam, quam mihi ex causa mandati, societatis, emtionis &c. debes,

cre-

creditam tibi habeas ; aut si, cum me mutuam pecuniam rogares, jufferim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet, mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu priore, aut tertio numerata, ut in posteriore; sed debitorum, *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius 27. §. 2. l. scribit 34. pr. ff. de aur. arg. mund. leg.*. Et hoc quidem efficit summi juris ratio, si videlicet κατὰ τὸ ἀκριβὸς ἰκαίον, res exigatur. Ceterum *Ulp. in d. l. 15. ff. de reb. cred.* ait, singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, id est, quædam benigne recepta esse contra subtilitatem juris, καὶ τὴν ἀκριβείαν καὶ τὴν κανόνας, ut bene Græci in *Basil.*; & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter nos, ut tu eam tanquam a me tibi creditam mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet 43. §. 1. ff. de jur. dot.*; quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi, *d. l. singularia in fin.*. Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, dum quod agimus, acceleramus, una actio sæpe occultatur, & quodammodo surripitur, *l. 3. §. pen. ff. de don. int. vir. & ux.*. Species altera, quam ejusdem rei confirmandæ gratia *Ulpianus in d. l. singularia* affert, est, si convenerit, ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo superioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet: quia quod in duabus personis receptum est, multo magis recipi debeat in una eademque persona: utique enim facilius fictio breviorque manus tibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videaris mihi solvisse, & protinus a me accepisse. Notandum hic obiter, priorem obligationem non tolli conventionem, & constitui novam ex causa mutui; hoc enim pugnaret cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra stipulationem, *l. 1. l. 2. & pass. ff. & C. de novat.*; & novis-

fimo jure non aliter, quam si hoc ipsum a contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo, & prioris obligationis tollendæ causa, posteriorem contrahere, *l. ult. C. eod.*; sed primam tolli solutione, quamvis sine conventionem id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori, atque eodem modo ex prioris causa liberatus esse, eodemque tempore pecunia a creditore ad illum profecta, quæ res mutuum constituat. Est & alia species præcedenti non dissimilis, relata ab eodem Jurisconsulto in *l. rogasti 11. pr. ff. de reb. cred.*, nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio utereris, tuque eam vendideris, & nummos acceperis, hoc perinde habendum esse, ac si vendidissem ipse, & pecuniam inde confectam tibi numerassem. Prima species dubitationem non habet: nam & *Africanus in d. l. qui negotia 34. pr. ff. mandat.* fatetur, benigne receptum esse, ut hujusmodi in casu pecunia credita fiat. Sed idem responsum Africani de secunda & tertia specie negotium facessit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi diffidii inter Ulpianum & Africanum quærent.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, ver. gr., ex causa mandati, credita fiat, ita distinguunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia *Ulpiani in d. l. singularia*; si non habuerit paratam, *Africani in d. l. qui negotia*, & ita quoque *Costalius in d. l. singularia. Corasius 6. miscell. 16.* etiam hoc in responso *Africani* expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam *Donellus in d. l. singularia* prætexit: sed neque illud, neque hoc potest impedire fictionem brevis manus. Pone Titium, qui centum mihi debet, ex causa mandati, aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in oculis non habet, fingi non potuerit soluta & retro tradita? Aut si alibi habitat, & per epistolam a me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat. Quid ni possit pactioe hoc effici, ut credita fiat,

fiat, eadem illa, quam dixi, fictione brevis manus? At re-
gerit *Corasius*, nihil aliud in *d. l. qui negotia* ab Africano pro-
poni, nisi quod epistola a procuratore ad dominum negotio-
rū missa sit: solius autem procuratoris voluntate a priore obli-
gatione recedi, eamque solvi atque in aliam causam converti
sine consensu domini non posse. Sed quis non videt, quam
stulta, si talem casum ponamus, sit quæstio? Digna scilicet
quæstio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an de-
bitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se
liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentien-
te mutare possit. Supponit Jurisconsultus, creditorem epistolæ
ad se missæ consensisse sive aperte per rescriptionem, sive ta-
cite, hoc ipso scilicet, quod aperte non dissensit, nec rescri-
psit, *l. si filiusfamil. 16. ff. de Senat. Maced.*. Constat autem,
pacta recte fieri per epistolam, *l. 2. ff. de pact.*, & epistolam, cui
consentit is, ad quem mittitur, pro pactione esse, *l. dotale 15. ff.
de fund. dot.*. Jam vero Africanum in specie a se proposita epi-
stolam pro conventionem seu pactionem accepisse ostendunt hæc
ejus verba: *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione
pecuniam &c.*; item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia*: *Tamen
usuras, de quibus convenerit, præstare debeat*; denique & duo
illa exempla, in quibus mutuum ex conventionem admittit.
Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro
voluntate unius, *l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 3. ff. de pollicit.*; nec ita lo-
qui Jurisconsulto integrum fuit, non magis quam vestem ap-
pellare suppellectilem. Postremo fictioni, ut tu mihi videaris
ex priore causa solvisse, & rursus ex causa mutui protinus
a me accepisse, sine mutua conventionem locus esse non potest.
Ergo pactionem nuda per epistolam id actum inter me & te
proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa man-
dati, debeas ex causa crediti: & quæritur, an ea pactionem cau-
sa mandati conversa sit in causam crediti, quod negat Afri-
canus: quamvis fateatur, usuras ex ea pactionem peti posse,
nempe actionem mandati, & periculum nummorum ad procu-
ratorem transire, *d. l. qui negotia in fin. pr.*. Et igitur se-
cundum Africani sententiam in specie proposita, pactionem, de
qua agitur, ad obligationem fortis ex causa mandati conver-

tendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab absurdo, quod alioqui dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri possent, quorum alterum ostendit esse a dissimili, nempe quod nummi, quos mihi hic debes, ex causa depositi crediti fiunt, modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia nummi, qui mei erant, tui fiunt, *l. conditio 9. §. ult. ff. de reb. cred.*. Alterum a simili quidem esse fatetur, nempe si debitorem meum jussero tibi mutuum roganti dare pecuniam, eam creditam fieri; sed ait, benigne id in hoc casu receptum esse, quo innuit id non esse producendum ad consequentias, *l. quod vero 14. ff. de legib.*. Notandum hic in transitu, quod si in specie initio ab Africano proposita, & de qua hic quæritur, solius debitoris, ut vult Corasius, voluntas intervenisset, non alterum solum e duobus exemplis, quæ objiciuntur, dissimile esset, sed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuisset: quia scilicet in specie controversa unius debitoris, in exemplis objectis utriusque consensus intervenerit, quod & *Schifordigerus lib. 2. tract. 16. quest. 5.* observavit. Quid vero *Ulpianus in d. l. singularia*? Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri: multoque magis in hac specie id recipiendum esse, quam in illa, ubi mutuum petenti jussi debitorem meum pecuniam dare; ducto argumento a minus probabili ad id, quod est magis probabile: quia, inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim est, ut fictio inducatur in una persona, quam in duabus: quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, credere tibi possum, ut tu mihi videaris solvisse, & mox a me accepisse, quam per personam interpositam. Illud procul dubio non negasset Ulpianus, ea quæ benigne recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minus sunt probabilia; veluti si fictio illa brevis manus in una tantum persona recepta fuisset,

set,

set: sed cum illa recepta sit in duabus personis, etiam ad id, quod est probabilius, ubi una duntaxat persona est, eam producendam recte existimavit. Eadem dissensio inter eosdem Jurisconsultos est & in tertia illa, quam supra posui, specie, si tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuos haberes. Nam & in hac specie, si rem vendideris, mutuam pecuniam factam esse ait *Ulpianus in l. rogasti 11. princ. ff. de reb. cred.*, nempe si & pretium acceperis, *l. 9. ff. de præs. verb.*, quod ex narratione facti satis intelligi putavit Jurisconsultus. Id enim actum esse proponitur, ut rem venderes & nummis utereris, acceptis scilicet, quoniam non nisi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex sententia *Ulpiani* fingitur pecunia prius a venditore tradita esse ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui causa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia, *l. 3. §. pen. ff. de donat. int. vir. & ux.*. *Africanus* autem in eadem hac specie plane contrarium respondet in *d. l. qui negotia pr. vers. his argumentum*, nempe eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non posse. Nam quod quidam ajunt, in specie *Africani* ideo mutuum non contrahi, quia non convenit, ut nummi ex venditione redacti essent crediti, ut in specie *Ulpiani*; sed ut res ipsa vendenda data statim esset mutua, argentum ipsum, lanx aut aliud vas argenteum, id est, certum corpus, in quo mutuum non potest consistere, *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.*, id textus ipse satis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipsum non potest dici ei mutuo dari: sed hoc non alio fine fit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expensis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter *Ulpianum* & *Africanum* dissidium student componere. Et nimis puerile est, credere nullam in corpore juris reperiri antinomialiam, quia *Justinianus* hoc dixit, aut *Tribonianus Justiniano* persuasit. Utrius igitur sententia prævalebit? Quem hic sequemur? *Ulpianum* scilicet, qui & posterior est, & majorem

jorem æquitatis ac benignitatis, quam stricti juris, rationem habendam putavit juxta *l. placuit* §. *C. de judic.*: cum contra Africanus nimium hac in parte religiosus, & stricti juris retinentior fuerit. Non obstat huic responsioni *lex pretio* 6. *C. si cert. pet.*, quæ est Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano posteriorum: quoniam in illo rescripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emtionis debebat, inciperet debere Nicandro ex causa mutui, sed cum revera ex causa emtionis deberetur, tantum simulate scriptum erat in instrumento, eam ex causa mutui deberi. Nulla igitur intercesserat conventio, ut ex causa crediti deberetur: id quod evidenter demonstrant verba ipsius rescripti, *simulatis pro infestis habitis*. Simulabatur ergo causa mutui, non revera agebatur, ut esset mutuuum. Imo ex contrario sententia Ulpiani in *d. l. singularia* illo Imperatorum rescripto confirmatur; quod utique, si abesset simulatio, demonstrat, pecuniam debitam, ex causa venditionis nuda pactione in causam crediti posse converti, & de eo nulla hodie dubitatio est: *add. Cujac. tract. 8. ad Africanum in d. l. qui negotia ff. mandat. Schifordiger. l. 2. tract. 26. quæst. 5.*

C A P. X L I.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ post biennium opponere possit, onus probandi in se suscipiens?

SI quis scripto seu chirographo suo alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, nec intra biennium confessionem suam retractavit, is literis obligatus est, *pr. Inst. de lit. obl.*. Hæc autem obligatio non est habenda pro mere civili, sed pro mixta seu civili & naturali simul, cui etiam competit definitio obligationis tradita *pr. Inst. de obl.*, ut ex divisionibus subjectis patet. Sed illa, quæ ex confessione mutui accepti intra biennium competit, mere civilis est, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur, *d. pr. & tot. tit. C. de except. non num. pec. junct. l. nihil interest* 112. *ff. de reg. jur.*. Nimirum mixta obligatio duorum generum

rum est; una vere talis, altera præsumtive; qualis est obligatio judicati, confessi, jurisjurandi: & talis quoque est ea, quæ dicitur literarum, Nam sicut post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, non quæritur amplius, an debeatur, *l. post rem 56. ff. de re jud.*; ita & post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessæ numerata sit, sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, & confitentem obligat, *d. pr. Inst. de lit. oblig. l. si intra 8. C. de exc. non num. pec.*; eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, boni scilicet publici & litium expediendarum prætextu. Quid ergo si confessus intra biennium cautionem & confessionem suam non retractaverit quidem, sed paratus sit probare pecuniam sibi numeratam non esse, an non erit audiendus? Non puto. Nam si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens est eum necessitate rei solvendæ jam ita adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *Inst. de oblig. in pr.*; atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, *d. l. 8. C. de non num. pec.*. Ceterum Doctoribus communiter, post *Accursium*, & *Bartolum*, contrarium magis placet, nempe debitorem post biennium adhuc audiendum, dummodo paratus sit docere de pecunia sibi non numerata: ita *Baro*, *Schneid. Bachov. ad tit. Instit. de lit. ob. Bronch. 2. assert. 22. Perez C. d. tit. de non num. pec. num. 14.* Moventur primo, quod exceptiones natura sua sunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea causa nascuntur, ex qua actio nata esset temporalis, *l. 5. §. ult. ff. de except. dol. mal.*. Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli, *l. 3. C. de pec. non num.*, quæ cum sine dubio perpetua sit, *d. l. 5. §. ult.*, utique etiam post biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ exactiones admittendæ non sunt, *l. 6. ff. de offic. præsid.*: illicita autem & iniqua exactio est, si reus probare volens sibi pecuniam numeratam non esse, non audiatur. Postremo, quia non potest lapsus bien-

biennii debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis, *l. 10. C. de non num. pec.*: ergo nec lapsus biennii amplius ei adimere potest.

Sed procul dubio verius est, & scripti juris rationi magis consentaneum, debitorem post biennium non audiri, nec si ultro probationem offerat. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit, ceterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod si probatio post biennium contra cautionem admitteretur, nec scriptura jam ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem; nec novum esset hoc obligationis genus, quod ex literis nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in ceteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ. Qua parte etiam major vis esset ceterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ, *l. generaliter 13. C. de pecun. non numer.*; ex quibus tamen obligationem literarum non nasci inter omnes convenit. In summa nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, post id tempus alteri: & consequenter expungenda esset e catalogo veterarum obligationum illa literarum. Loci juris in hanc sententiam manifesti sunt. In *l. ad severatio 10. C. de non num. pec.* ajunt Impp., querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod certe non potest restringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evanescere: quod utique falsum est, si post definitum tempus adhuc querelæ sive exceptioni locus est, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. si intra 8. C. eod.* scriptum est eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli: non potest autem compelli, qui justam exceptionem habet:

habet: imo ille debitor esse desinit; nec vere debitum appellari potest, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit, *l. Marcellus 66. l. nihil interest 112. ff. de reg. jur.*. Idem probat nec minus evidenter *l. in contractibus 14. pr. C. eod.*, ubi verbis disertissimis cavetur, ne post biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hoc amplius in *d. l. in contractibus §. 3.* illud observari nominatim jubet Justinianus, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti in judicio deferre jusjurandum; cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifesta 38. ff. de jurejur.*; adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ, & adversus invitum susceptæ probationes, *arg. l. 1. & l. 2. ff. d. tit.*. Unde perspicue apparet, Justinianum nullas omnino probationes post biennium admitti voluisse. His insuper accedit textus in *l. ult. C. de condict. ex leg.*, ubi expresse cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: sic enim *Harmenopolus l. 2. promt. tit. 2. num. 4.*: ὁ λέγων ὅτι ἔγχετο ἀριθμησὶς, εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῆ, ἢ διαμαρτύρεται περὶ τῆς, ἔδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν; id est, qui negat numerationem factam esse, nisi intra biennium conveniatur, aut de ea re contestetur, nullam habet defensionem. Postremo, uno tantum modo, legimus, exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, seu protestatione facta de pecunia minime numerata, *d. l. in contractibus §. ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc sententiam possint convellere. Nam quod primo producitur in genere de natura exceptionum, quod sint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ

etiam

etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Exēpli gratia, si filius exheredatus sit in possessione hereditatis, & scriptus heres ab eo hereditatem petat, potest filius in modum contradictionis sive excipiendo queri de inofficioso, *l. 8. §. si filius 13. ff. de inoffic. testam*; sed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium: sic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret, ut diserte ait Jurisconsultus dicto loco. Constat autem, actionem de inofficioso quinquennio finiri, *d. l. 8. §. ult. & l. seq. l. 16. l. 34. in fin. C. eod.* Hoc vero ex eo est, quia potest nihilominus filius separatim sine petitione hereditatis querelam movere ad hoc scilicet, ut testamentum pronuntietur inofficiosum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipsa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci potest: nam & cautionem suam confessus condicere intra id tempus potest conditione sine causa, aut ob causam dati causa non secuta, *l. 7. C. de non num. pec. l. ult. C. de cond. ex leg.*; & ultro queri sive protestari de non facta numeratione, atque hoc pacto sibi acquirere exceptionem perpetuam, *l. 8. l. 9. l. contractus 14. §. ultimo & auth. seq. C. de non num. pec.* Quod secundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere, sed præter colorem nihil habet. Fatemur ultro, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id est, confessum vel hac vel illa ad defensionem suam intra definitum tempus uti posse, *l. 3. C. eod. tit.*; sed negamus omnem exceptionem doli esse perpetuam.

Duplex enim est doli mali exceptio, una generalis, quæ cum ceteris omnibus exceptionibus concurrat, & ex omni causa nascitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit, *l. 2. §. & generaliter 5. l. 4. §. penult. l. 12. ff. de dol. mal. exc. l. si quis 36. ff. de verb. oblig.*; altera specialis, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, videlicet si quid ab initio gestum sit dolo malo, §. 1. *Inst. de except. l. 5. C. de mut. stip. l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc specialis doli exceptio perpetua est, & quidem non eo

tantum sensu, quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod semel oppositæ semper agentibus obstant, §. *perpetuæ* 9. *Inst. de except.*; quo eodem sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua est: nam & illa intra biennium semel contestata perpetuo obstat agenti: verum etiam respectu temporis, intra quod opponenda, *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. exc.*: at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum semper sequitur, cum quibus concurrit tanquam accessio quædam, *l. 2. §. & generaliter 5. ff. eod.*; ut ecce, is qui decem debebat, pactus est cum creditore, ne a se pecunia peteretur: hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventionione debitori quæritur, lapsu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quod si pactus sit debitor, ne intra biennium a se peteretur, petenti intra biennium obstat tam doli quam pacti exceptio: at post biennium neutra, *d. l. 2. §. item quæritur 4. ff. de dol. mal. exc.*. Sic qui usuras in futurum a debitore accepit, ei intra id tempus sortem petenti obstat exceptio pacti conventi, *l. qui in 57. ff. de pact.*, & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis, *d. l. 2. §. & generaliter 5.*; finito autem eo tempore cum illa & hæc exspirat. Simili plane ratione, ut confessus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli se tueri potest propter illam: ita post biennium ut illa cessat, ita & hanc cessare necesse est. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum est, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo confessus est, se debere, sibi pecuniam numeratam esse, post silentium totius biennii hanc quasi contemti beneficii juris & negligentia suæ pœnam luere, ut confessioni suæ literis testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum est. Ultimum argumentum est ἐκ τῶν ἀντιστροφόντων, quod in eos ipsos, qui illud proferunt, retorqueri potest, hoc modo. Quod biennium confessio tribuit, id lapsus biennii ei totum adimit: atqui biennium ei tribuit non immunitatem duntaxat probationis, verum etiam & maxime exceptionem ipsam non numeratæ pecuniæ: ergo lapsus biennii utrumque adimit, quod

quod & expressum in *d. ll. 8. 9. 10. & 14. C. de non num. pec.*.
 Quamquam nec argumentum a contrario sensu contra textus
 expressos procedere notum est, *præs. Everb. in top. leg. loc. 82. n. 4. pr.*.
 Plane si debitor neget suam esse scripturam, aut dolo-
 se inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis
 tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud agere-
 tur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis ex-
 ceptionem eum habere nemo est, qui negat: *vid. Joan. Fab. Vvesenb. ad tit. Inst. de lit. oblig. Thulden. ibid. c. 3. Duar. ad tit. C. de non num. pecun. c. 4. Donell. ad l. 8. ejusd. tit. Fachin. 2. contr. 81. Gudelin. lib. 3. de jur. novis. c. 6. Zanger. p. 3. de except. c. 14. num. 55. & seqq.*. Ceterum usu forensi recepta est communis
Glossæ, Bartoli, & aliorum sententia, contendentium etiam
 post biennium audiendum esse debitorem, modo ipse paratus
 sit ostendere, pecuniam sibi numeratam non esse, lapsumque
 biennii creditori tantum prodesse ad translationem oneris pro-
 bandi in debitorem, *Gomez. 2. resol. 6. nu. 7. Moz. de contr. tit. de mut. n. 9. Zanger. ubi sup. n. 66. Ant. Fab. C. suo for. de non num. pecun. defn. 1. Christin. vol. 3. dec. 37. Sande lib. 3. tit. 2. d. fin. 1.*.
 In Gallia & plerisque Belgii provinciis non est melior condi-
 tio cautionis pecuniæ creditæ, quam ceterarum cautionum;
 agnoscentique chirographum suum, & excipienti de pecunia
 non numerata, hujus exceptionis probatio tam ante, quam
 post biennium imponitur, & præterea fiduciaria pecuniæ pe-
 titæ consignatio. Hoc obiter: *vid. Christin. ubi sup. Gudelin. d. cap. 6. in fin. Imbert. 1. Inst. for. cap. 35. Cyprian. cens. Belg. ad tit. Inst. de lit. oblig. Groenevv. de ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec. & ibi citat.*

C A P. XLII.

*An jusjurandum judiciale recusari possit delatum
 ab auctore, qui nihil probavit?*

NOtum est, tria esse jurisjurandi genera, litis & contro-
 versie decidendæ gratia comparata, voluntarium, ne-
 cessarium, & judiciale: his enim nominibus distinguuntur
 in *rubr. ff. de jurejur. & c. ult. ext. eod.*. Voluntarium est, quod
 ex

ex conventionione a parte parti defertur extra judicium, id est, ante cœptum judicium, sive ante lite contestatam, *l. jusjurandum 17. pr. ff. d. tit.* Dictum autem est voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel suscipi vel non suscipi potest, nec is, cui delatum est, illud referre, nec is, qui detulit, si id ei ab adversario referatur, jurare habet necesse, *d. l. jusjurandum*. Itaque huc non pertinet regula *l. manifesta 38. ff. eod.*; ex susceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam necessarium fit, *Beuster. ad Rub. eod. n. 54. & seq. Borcholt. tract. de jurejur. cap. 7. n. 2.* Jusjurandum necessarium est, quod in judicio propter inopiam probationum, in causis dubiis uni ex litigatoribus a judice defertur altero invito, *l. admovendi 31. ff. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred.*; quod sic appellatur. I. Respectu causæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum. II. Respectu personæ, cui id defertur, quia id subire cogitur, aut pati contra se sententiam ferri. III. Respectu ipsius judicis; eo quod vel quando non defert, vel sine causa defert, litem suam facit, *Marant. spec. p. 6. art. 9. de jur. n. 2.*: alias suppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur, *l. pen. pr. §. 1. & 2. C. de reb. cred.*. Jusjurandum judiciale est, quod in judicio, seu lite jam contestata, defertur vel ab ipso judice, postulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri, præfente & approbante judice, *l. 1. l. jusjurandum 34. §. ait prætor. 6. l. tutor 35. l. manifesta 38. ff. de jurejur. l. delata 9. l. pen. C. de reb. cred.*. Hoc jusjurandum in specie judiciale dicitur, estque generis mixti; nam si deferentem spectamus, voluntarium est; si eum, cui defertur, ex parte necessarium; necessitas in eo, quod saltem referre cogitur; quin & qui semel detulit, referente adversario, ipse jurare debet, aut pati sententiam pro adversario ferri, *d. l. jusjurandum 34. §. datur. 7. d. l. manifesta 38. ff. de jurejur.* Ad hoc autem postremum genus solum quæstio hic proposita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præsumptione juris adjuvatur, possit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut nisi reus juret, aut jusjurandum referat, sententia Judicis sit condemnandus. Negant *Glos. in l. 3. C. de reb. cred. Bart. Bald.*

Salic. Abb. & alii, quos refert Mascard. de prob. vol. 2. conclus. 957. nu. 7. Hart. Hartm. obs. pract. tit. 13. obs. 3. Ant. Fab. Cod. suo for. tit. de reb. cred. defin. 23. Caroc. de juram. lit. decis. q. 1. principali, ubi num. 4. hanc opinionem ait magis esse communem. Argumenta, quæ afferendæ huic opinioni afferuntur, hæc fere sunt. I. Actor & reus ad imparia obligari non possunt. At reus, actore intentionem suam probante, condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare, cap. 2. ext. de probat.. Ergo ex contrario actore non probante reus absolvendus erit, etsi non juret, etsi nihil ipse præstet, ut est in l. 4. C. de edend. II. Non sunt petendæ probationes de domo aut e sinu rei, l. nimis grave 7. C. de testib.. Sed quicumque judicio agere cum aliquo instituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere, l. 9. C. de oblig. & act., in quo si defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipse præstiterit, & consequenter, quamvis non juret, d. l. 4. de edend.. Non probat autem qui jusjurandum defert, sed ille potius, cui defertur, & qui illud præstat. III. Si jusjurandum judiciale reo invito deferri posset ab actore nullas alias probationes afferente, quicumque cogitabit non posse se extra judicium jusjurandum invito deferre, causam dolo malo in judicium deducere poterit, atque ita pro arbitrio molestiam creare adversario, ei deferendo jusjurandum judiciale. IV. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe cap. ult. pr. & §. 1. ext. de jurejur. l. antepen. & l. pen. C. de reb. cred. l. eos qui 26. §. ult. C. de usur. l. admonendi 31. ff. de jurejur.. Ceterum ego contrariam sententiam sequi malo, nimirum jure publico permittum esse actori, etiamsi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut subire, aut referre cogatur; recusantem autem sine justa causa pro confesso & convicto habendum, atque a judice condemnandum esse, quæ & communis & recepta sententia est, testib. Rod. Suarez in l. 4. fori tit. de juram. num. 6. & seqq., ubi allegat Castr. Aug. Alex. Alber. & alios, Schneid. in §. item si 11. post Jason. Instit. de action. num. 21. Gilken. ad l. 3. C. de reb. cred. nu. 7. Fachin. 1. contr. 19. Cujac. 22. obs. 28. Duar. in prior. comm. de jurejur. cap. 6. & in posterior. cap. 3. Donell. ad tit.

tit. de jurejur. cap. 12. num. pen. & ult. Christ. vol. 3. decis. 1. nu. 2. & ibi citati, Osascus & Thesaur. pluresque alii apud Mascard. de probat. vol. 2. conclus. 957. num. 9.. Et secundum hanc sententiam memini me ex facto consultum bis terve respondisse; nec aliter potui, cum tot sint in hanc rem loci clari & perspicui, *l. tutor. 35. pr. ff. de jurejur. ibi, Omnibus probationibus aliis deficientibus, l. cum de indebito 25. §. pen. ff. de probat.*, ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre absque ulla distinctione, *l. pen. pr. C. de reb. cred. ibi, Vel in principio liris.* Ergo & quo tempore nihil dum probatum est, *l. ult. §. licentia 10. C. de jur. delib. ibi, Vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint.* Edictum quoque prætoris indistincte loquitur, *l. jusjurandum 34. §. ait prætor 6. ff. de jurejur.*, ut & Impp. in *l. 9. C. de reb. cred.* Denique & generalis est definitio Pauli in *l. manifestæ 38. ff. eod. add. l. ult. C. de fideicom.* Ratio hujus sententiæ hæc est, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, saltem metu Divini Numinis extorqueat veritatem ab adversario: & secundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, *Ubi, inquit, argumenta & testimonia deficiunt, jurejurando opus est.* Juri quoque divino hæc sententia optime convenit, *Exod. cap. 22. vers. 10. & 11.*; qui locus clare ostendit, ubi hominum desunt testimonia, ad Deum testem posse provocari, præsertim quando asserendum est, quod in conscientia latet: quo respiciens Apostolus *epist. ad Hebræos cap. 6. vers. 16. πάντες, inquit, ἀντιλογίας ἁδῶς εἰς βεβαίωσιν ὁ ὄρκος.* Nec ulla hic prætexti potest jurisjurandi recusandi causa, nisi metus perjurii, eo quod recusans sibi conscius sit se, quod petitur, debere.

Ad primum contrariæ sententiæ argumentum respondeo, esse illud a dissimili: nam cum actor instrumentis aut testibus intentionem suam legitime probavit, & de jure suo plene docuit, jam causa est satis liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo Jurejurando: at nulla facta probatione, contendente actore sibi deberi, reoque id negante, res est dubia, atque adhuc decidenda; & quia deficit probatio ordinaria, confugiendum ad subsidiariam illato jurejurando. Ad secundum

respondeo, tantum abesse, ut actor, qui probationibus destitutus reo jusjurandum defert, probationes de domo rei sumat, onusve probandi ei imponat, ut etiam eum ipsum testem & judicem in propria causa faciat, *l. ult. C. de fideicom.*, & qui ob id, si jurare recuset, merito habendus sit pro confitente, se malam causam habere, *l. manifestæ 38. ff. de jurejur. Diod. Tulden. in Cod. tit. de reb. cred. n. 4.* Ad tertium, incommodo quod hic objicitur, occurri posse juramento calumniæ. Notum enim est, eum qui jusjurandum de lite detulit, adversario postulante de calumnia jurare debere, id est, se non calumniandi seu vexandi, aut adversarium religione utendi animo jusjurandum deferre; sed quia ita uti dicit, se rem habere sibi plane persuasum sit, *l. jusjurandum 34. §. 4. ff. eod. l. ult. C. de fideicom. l. 9. C. de reb. cred.* Neque hæc jurisjurandi de calumnia species, quam vis rarior hodie ejus usus sit, prorsus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præstandum est, de quo *text. in l. 2. in fin. pr. C. de jurej. propt. cal. §. 1. Inst. de pæn. tem. litig.*; sed si exigatur, adhuc præstandum juxta *d. l. 34. §. 4. Wesemb. par. ff. de jurejur. nu. 9. Damhoud. prax. civ. cap. 151. Merul. lib. 4. distinct. 4. sect. 3. tit. 8. Groenevv. tract. de ll. abrog. ad tit. Inst. de pæn. tem. litig.* Ad locos, qui in contrariū adducuntur, facilis responsio est. In *cap. ult. pr. ext. de jurejur.* hoc dicitur, juramentum, quod in judicio a parte parti defertur, recusari posse licite ac referi. Quis vero negat posse recusari, dummodo simul referatur? Manifesta hic committitur fallacia compositionis & divisionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur conjunctim. Etiam sine causa recusari potest a referente; recusari autem simpliciter sine justa causa non potest. In §. 1. *ejusd. cap.* loquitur Gregorius de Juramento purgationis & suppletorio seu necessario a Judice inspectis personarum & causæ circumstantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam Jurisconsultus in *l. admonendi 31. ff. de jurejur.* expresse agit de Jurejurando, quod a judice in dubiis causis uni ex litigatoribus defertur, id est suppletorio. In *l. eos qui 26. §. ult. C. d. usur.* Justinianus de juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus erat de exercitatione fœnoris. Quod autem idem Imperator sancit in

l. si quis 11. C. de reb. cred. ne ille, qui primo Jusjurandum detulit, & id postea, antequam præstitum est, revocavit, dum existimat se posse probare, quod intendit, ne inquam ille possit mutato iterum consilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ sententiæ assertores minime juvat, quin confutat potius: tralatitium enim est, cessante ratione legis & ipsam cessare legem. At Justinianus hanc illius suæ constitutionis rationem dat, quia absurdum fit redire ad hoc, cui renuntiandum putavisti, & cum de alia probatione desperasti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo si quis ante jusjurandum non detulit, aperte cessat constitutio: neque enim revocasse intelligi potest, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen. §. 2. C. cod.* nihil aliud elici potest, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum recte delatum sit, nec ne, possit quidem de facto recusari; sed an jure recusatum sit, judex dispicere debeat; veluti si delatum sit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum est &c.. Quid ergo, an non manifeste huic sententiæ adversatur regula in *l. 4. C. de edendo*, quæ tam diserte actorem non probante reum obtinere vult, etsi nihil ipse præstet? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurisjurandi ita actori jure tributa est, ut adversario nolente jurare, pro justa probatione ei cedat; neque ad reum confitentem: at qui jusjurandum subire recusat, habetur pro confitente, *l. manifesta 38. ff. de jurejur.* Plane si reus non utatur simplici inficiatione, negando intentionem actoris, sed exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti delati vel referendi vel præstandi, absolvendus erit. Idemque dicendum est, si dicat se solvisse; cum utroque hoc casu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui possit. Et hic locum habet, quod ajunt, posse paratum probare perjurii evitare suspicionem; at simplicis & puræ negationis nulla est per rerum naturam probatio, *l. actor 23. C. de probat.*, & major metus est perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit, jusju-

randum defert, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adversus reum præsumptio, quam ubi aliqua, *Diod. Tulden. ubi sup. n. 5.*

C A P. XLIII.

An jusjurandum necessarium sive suppletorium iudex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recusari possit?

Jusjurandum necessarium seu suppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in causis dubiis uni ex litigatoribus a iudice defertur altero invito, de quo loquuntur textus in *l. admonendi 31. ff. de jurejur. l. 3. l. 12. C. de reb. cred.*, & putamus necessarii nomen inde accepisse, tum quod iudex illud deferre cogitur; tum quod is, cui delatum est, id subire necesse habeat; tum quod nec remitti a iudice, nec referri ab eo, cui delatum est, possit; & denique quia sine hoc jurejurando res expediri non potest ob probationum inopiam, unde & nomen suppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam *Donellus cap. 11. de jurejur. n. 8.*, quem secutus est *Treutlerus disp. de jurejur. thes. 10.* negant posse cogi iudicem, ut hoc jusjurandum deferat, arg. *d. l. admonendi ff. de jurejur. in verb., Solent enim sæpe iudices &c.*, & quia ubi actor non plene probat, iudex vel absolvere reum potest juxta *l. 4. C. de eden. junct. l. 9. C. de testib.*, vel saltem ipsi reo jusjurandum deferre, per *l. 3. Cod. de reb. cred.*, & vulgatum illud, non quicquid potestati iudicis permittitur, id continuo subjicitur necessitati juris, *l. non quicquid 40. ff. de judic.* Ceterum contrarium verius esse, nempe iudicem necesse habere hoc jusjurandum deferre, evidenter arguunt verba *d. l. 3. C. de reb. cred., Per iudicem jurejurando causa cognita rem decidi oportet.* Quibus sane verbis necessitati juris hoc subjicitur, non liberæ potestati permittitur iudicis. Et ratio manifesta est, quia aliter in re dubia causam decidere iudex non potest, nisi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc esse maximum remedium expediendarum litium, *l. 1. ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium iudicis, & officii ratio hoc ei imponit:

ponit: debet enim judex de qua re semel cognoscere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controversiæ finem imponere, *l. de qua re 74. ff. de judic. l. 1. ff. de re judic.* Non obstat verbum *solent*, quo utitur Jurisconsultus in *d. l. admonendi*: id enim necessitatis significationem illic habet: nempe quia id ex officio & necessitate facere Judex solet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni institutiæ inservit. Sic dicimus, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt, *l. non solet 86. ff. de reg. jur.*; non solent, quæ abundant, vitiare scripturas &c., *l. non solent 94. cod.*; nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio, ut videlicet nisi deferat judex eo casu, quo oportet aut solet, appellationi sit locus, *Sichard. ad rubr. C. de probat. n. 7. Cyn. in d. l. 3. C. de reb. cred. n. 9. Salic. ibid. nu. 5. Bart. in d. l. admonendi nu. 59. Beuster nu. 119.* Quod vero Donellus ait, ubi actor non plene intentionem suam probavit, posse judicem reum absolvere, vel ipsi reo jusjurandum deferre, id ei simpliciter concedendum non esse, ex iis, quæ proximo capite disputantur, perspicue apparebit. Remitti hoc jusjurandum a judice non posse, ita ut secundum eum, cui remisit, judicet, sed re ipsa jurari oportere, satis probat *textus in d. l. 3. C. de reb. cred. ibi: Decidi jurejurando rem oportet*; & *text. in d. l. admonendi 31. ff. de jurejur. ibi: Secundum eum, qui juraverit.* Et ratio minime obscura est, nempe quia judex non est dominus litis, sed adversarius, qui ob id solus delati gratiam facere potest eo effectu, ut pro præstito habeatur, ut bene DD. vulgo. At revocare delatum quin Judex possit non dubito, si forte postea suspicio inciderit fore, ut pejeret is, cui delatum est; aut si post delationem compere-rit causam alterius meliore jure niti: ceterum revocatum non habebitur pro præstito. Satis quoque exploratum est, recusari delatum non posse, nisi recusans velit contra se sententiam ferri: excepto si forte deferatur de re ignota, veluti si deferatur heredi de facto defuncti: nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium subire, *l. 4. pr. ff. de in lit. jur. l. 34. §. 3. ff. de jurejur. l. 11. §. 2. ff. de act. rer. amot.* Atque hanc causam puto significari in *cap. ult. ext. de jurejur.*, vel si a profano ju-

dice deferatur illicitum, iisve verbis conceptum, in quæ vir bonus salva pietate & bona conscientia jurare non potest, per *l. 5. §. 3. ff. de jurejur.*. Sed & auctori, qui intentionem suam instrumentis aut testibus plene probavit, delatum; aut delatum reo, ubi ab auctore nihil probatum, recte recusabitur: aut si posteriore casu deferatur auctori, poterit reus appellare, *Merrul. lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 24. cap. 1. n. 8. & seqq.*. An referri possit, quaesitum est. Dubitat *Accursius* in *l. 12. §. 1. C. de reb. cred.*. Negat *Donellus* ad *l. 9. C. de reb. cred. num. 18. & seqq.* item *Borcholt. cap. 7. de jurejur. nu. 9. Mynsing. ad rub. ext. de probat.*. Affirmat *Ant. Faber dec. 19. err. 7.*, quem sequitur vir clarissimus Collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuscript.*. Fatentur quidem illi, proprie ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit, referri posse. Sed tamen existimant posse eum, cui judex detulit, illud rejicere in adversarium suum, *arg. d. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.*; cum ibi Justinianus expresse dicat, aut præstandum esse juramentum, aut referendum, sive pars parti in judicio, sive judex parti detulerit. Cui sententiæ hoc consequens est, si judex ob semiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc casu parti, cui delatum est, in alteram partem id rejicere. Sed resistit ipsa verbi *referre* significatio: refertur enim unde illatum est. Quod si delatum non ex necessitate suscipiendum sit, sed referri possit, cur magis hoc jusjurandum necessarium nuncupemus, quam judiciale, causam nullam video. Fatemur verba *Justiniani* in *d. l. 12. §. 1.* valde obscuram habere sententiam, & agnoscimus hiulcum illud & molestum dicendi genus Triboniano familiare: sed tamen, ut concedamus verba illa, *Vel ex auctoritate judicis cuicunque parti illatum &c.*, de necessario accipi debere: tamen quod eodem loco mox subjicitur de relatione, id ad Jusjurandum judiciale duntaxat pertinere omnino existimamus: sic ut singula singulis respondeant hoc modo; cui a judice defertur, is præcise jurare debet; cui a parte, jurare vel referre. Argumento est, quod necessitas præstandi relatum non indistincte utroque casu utrique imponitur, sed uno casu tantum, & ei cui jure refertur, qui scilicet ipse ante-

te detulit: atque in hunc solum quadrat ratio, qua §.1.d.l.12. clauditur: *Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda procuravit?*

C A P. XLIV.

Quando & quibus in causis a iudice deferri possit aut debeat jusjurandum necessarium seu suppletorium?

POtestas Judicis in deferendo juramento suppletorio tribus conditionibus circumscribitur: ut deferat in probationum inopia, in causis dubiis, & causa cognita, l.3.C. de reb. cred. & jurejur. l. admonendi 31. ff. de jurejur. . Primum igitur necesse est, ut causa laboret inopia probationum: nam probationibus suppetentibus aut supervacuum est hoc jusjurandum, si deferatur aëtori, quia & sine jurejurando satis probatum, ut secundum eum debeat judicari: aut iniquum, si deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris, l. negantes 9. C. de obl. & aët. . Deinde, ut deferatur non in quavis inopia, sed in causis dubiis duntaxat. Dubias autem causas definitio non eas, in quibus pares utrinque probationes sunt (tunc enim reum absolvi oportet, cap. ex literis §. ult. ext. de probat. cap. inter dilectos 6. ext. de fid. instrum. arg. l. inter pares 38. ff. de re jud. l. Arrianus 47. ff. de obl. & aët. cum simil.) sed eas, in quibus judex dubius est ob minus plenas probationes allatas, puta si aëtor unum inculpatum testem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum suppletorium deferri; ac tales casus plures occurrere possunt: ita DD. comm. in d. l. admonendi & d. l. 3. Ves. par. de jurejur. n. 10., & hæc sententia in omnibus curiis recepta, eamque hodie sequimur, Costal. in d. l. admonendi, Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 23. cap. 1. . Ab hac tamen sententia, quasi juri Justiniano minus consentanea, recedunt Duar. lib. 2. disput. 33. Donell. de jurejur. cap. 11. num. 4. Ant. Fab. 19. conj. 1. Bronch. 2. assert. 93. contendentes, dubias causas intelligi eas, in quibus par est utrinque & plena probatio, atque isto demum casu locum habere, quod de jurejurando suppletorio

torio sive necessario deferendo præcipitur. Sed hæc potius illorum opinio juri nostro minus consentanea, imo plane non convenire videtur. Neque enim potest dici causa laborare inopia probationum, cum ab utraque parte plene probatum est: sed tunc actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde habendum erit, ac si nihil probatum esset, & reus, ut dixi, absolvi debebit, *cap. cum sunt ext. de reg. jur. in 6. per l. ubi pugnancia 188. ff. eod.*. Et vero si, ut illi volunt, ubi actor uno teste probavit, & reus nihil, nihilominus reus absolvendus sit, multo magis absolvendus erit, ubi ille totidem testes pro se produxit, quot actor, *Vvesenb. consil. 13. n. 3.*. Nec quod illi regerunt, magni momenti est, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum est. Nam primum tunc non potest dici causa dubia. Deinde aliud est defectus probationum, ubi nullæ suppetunt; aliud inopia, ubi quædam suppetunt, sed ancipites aut minus idoneæ, *Cujac. lib. 22. obs. 28. in fin.*. Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor est egestate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam &c. dicimus, non cum plane nihil, sed cum non quantum satis est, suppetit.

Sed expendamus singula, quæ huic sententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium. Aut probat actor, aut non probat. Illo casu vincit sine jurejurando, *l. 9. C. de oblig. & act.*. Hoc casu reus absolvi debet, *l. 4. C. de edend.*. Respondeo, est medium quiddam, cum scilicet actor neque omnino probat, neque nihil, sed aliquid, & ut loquuntur, semiplene. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egisse, propterea quod judex ei penitus assenti-ri non debet, *arg. l. 3. §. 1. & 2. ff. de testib.*. Ajunt paria esse non probare & non perfecte probare, per *l. 6. ff. qui satisd. cog.*, & cum lex exigat probationem, exigere justam & legitimam, *l. ult. C. de probat.*. Respondeo, ratio hæc obstaret, si semiplenam probationem sufficere diceremus. At nunc contra, quia ea per se non sufficit, sed opinionem duntaxat inducit; ideo dicimus, ad suppletorium hoc juramentum judicem recurrere posse & debere. Nimirum paria quidem ista sunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis est, ut fidem & assen-

sum

sum mereatur, quia per se inefficax: sed quando alia adminicula accedunt, ut fieri potest, *l. 5. l. 6. C. de probat.*, jam perfecta cedit, & plenam fidem facit. Instant tamen & ajunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum, *arg. l. spadonem 15. §. qui jura 11. ff. de excus. tut.*; unde colligunt, nec jusjurandum junctum cum semiplena probatione posse efficere probationem plenam. Sed non est novum, ut duo aut plura, quæ per se singula infirma sunt aut inefficacia, juncta simul & coacervata, vires & efficaciam consequantur: verbi causa, unius testis, quamvis omni exceptione majoris, testimonium plenam fidem non facit, sed si ea, quæ dicit, consentiente fama, aliisve veritatis indiciis confirmantur, jam illius testimonium pro plena probatione habendum est, *l. 5. §. 6. C. de probat.*. Similiter etsi singula pacta per se actionem non producant, si tamen id quod pacto quis promisit, se soluturum pacto item deinde constituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ constitutæ jure prætorio in constituentem datur, *l. 1. §. tot. tit. ff. de pecun. constit.*. Sic etsi neque sponsalia, neque concubitus per se matrimonium efficiunt, si tamen ad sponsalia accedat concubitus, transeunt in matrimonium, *cap. veniens 15. cap. is qui fidem 30. ext. de sponsal.*. Et ut favore pupillorum receptum sit, ne duæ aut plures imperfectæ excusationes unam aliquam perfectam efficiant: in nostro tamen casu alius favor est, qui suadet ut imperfectæ probationes duæ, vel plures, unam perfectam probationem repræsentent, ne scilicet probationes redigantur in angustum contra *l. quoniam in fin. C. de hæret. l. pen. pr. C. de reb. cred. §. jurejur. Sichard. in l. 3. C. d. tit. nu. 12.*. Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus solennitatem & subsistentiam certus numerus testium desideratur, quorum uno deficiente actus sit nullus, ut in testamentis; hic si pauciores sint adhibiti, juramento suppletorio non est locus, *l. si unus 12. C. de testam. Sali. in d. l. 3. num. 16.*. Sed fortasse nihil adhuc profecisse videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem esse nullius, & expresse legibus vetitum esse unius testis, quantacunque dignitate præditus sit, responsum audiri, *l. jurisjurandi 9. §. 1. C. de test.*. Respondemus, ne nos quidem hoc dicere, unius

stis vocem esse audiendam, id est, credendum esse unius testimonio : credere est plene assentiri . Potest tamen unius viri honesti & gravis testimonium movere animum judicis, & creare etiam non levem suspicionem . Opponuntur in *l. 3. §. 2. ff. de test.* , quid aut credat judex , aut parum probatum sibi opinetur . Non ideo tamen, qui parum probavit, nihil egit ; licet ob id judex ei credere non debeat, seu penitus assentiri . Sensim ad firmam assensionem pervenitur, & quasi per gradus . Plerumque levi primum suspitione judex movetur , mox etiam vehementiore, quæ opinionem inducit ; tandem succedit & plena persuasio ac firmus assensus , accedentibus aliis atque aliis veritatis indiciis . Ac plane ut fides & assensus modo plenus & integer , ac firma persuasio, modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente : ita & probatio argumentum faciens judici fidem . Collectio ex Callistrato in *d. l. 3. §. 1. & 2. ff. de testib.* . Cum autem satis constet ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.* , plures probationes imperfectas, licet diversi generis, jungi, & ita junctas firmum assensum mereri posse , necesse est , ut per se quoque singulæ consistent, & aliquid operentur . Finge ab actore produci testem unum, hominem spectatæ fidei , eaque , quæ dicit , aliis quibusdam veritatis argumentis confirmari : quamvis singula hæc per se plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & junctæ, quod singulis pondere deest, numero suppleant . Finge proferri chirographum , quod is , adversus quem profertur , a se scriptum neget, eumque esse hominem vilem & contemptum, cum is , qui profert , sit vir gravis & integræ existimationis, accedere testem unum omni exceptione majorem , qui pecuniam , quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non judex moveri , quin opinetur actorem bonam causam habere : sed quia hæc probatio sola & per se plenam fidem non facit , quæ scilicet ad definiendam controversiam & sententiam secundum eum, qui nihil amplius præstitit, ferendam sufficiat, hic dicimus , rem ita transigi oportere , ut judex in supplementum ejus , quod ad justam probationem deest, actori jusjurandum deferat , eoque ab actore præstito , secundum eum judicet, *d. l. admonendi & d. l. 3. C. de reb. cred.* .

Qui

Qui hæc negant, & superiorem distinctionem non admittunt, illi in arguendo laborant petitione principii, postulantes sibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod est in quæstione, quæ manifesta captio est. Quæstio hæc est, an omnino jus præscribat & præcipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, nisi ex qua una sola perfecta rei gestæ fides adstruatur? Si hoc verum est, non aliæ rationes in judiciis admitti, atque a iudice audiri debent, quam quæ seorsum per se singulæ sunt quasi apodicticæ; nulla alia instrumenta, quam ubi per se quodvis sufficienter probat, eamque fidem iudici facit, quæ movere eum possit ad sententiam secundum eum, qui istud profert, ferendam; at consequens hoc falsum esse supra satis demonstratum est ex *l. 5. & l. 6. C. de probat.*

Tertia conditio est, qua potestas iudicis in deferendo iurejurando suppletorio limitatur, est ut id deferat causa cognita, *l. 3. C. de reb. cred.*. Hoc autem nihil aliud est, quam ut iudex ei deferat, cui deferri ob justas causas æquius esse videbitur: non enim statim v. c. aëtori, qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, sed inspiciendæ prius personarum & causæ circumstantiæ, *cap. ult. ext. de iurejur.*. Itaque nihil, meo iudicio, præcise hic definiendum, sed multa examinanda sunt, priusquam ad delationem hujus iurisjurandi perveniatur. In primis fides cujusque & conditio personæ, qualitas & pondus rei, de qua agitur; testium item, qui producuntur, prudentia; denique & probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis iudex ex animi sui sententia æstimabit, an iusjurandum & utri deferri debeat. Perniciose igitur errant iudices, qui hoc iusjurandum passim & sine delectu deferunt, de quo queritur *Joan. Oldendorp. in tract. de probat.*. Quædam etiam causæ sunt, in quibus iusjurandum locum non habere tradunt DD., cujusmodi sunt causæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ esse debent, sed etiam luce meridiana clariores, *l. ult. in fin. C. de probat.*; nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præsumtivæ, qualis est probatio per iuramentum, *l. 5. pr. ff. de pæn. l. antepen. ff. de quæst. Sichard. in l. 3. C. de reb. cred. n. 5. Gail. 2. observ. 94. n. 3. Mynsing. 2. observ. 87. Fachin. 1. cont. 25. Co-*

stat. ad l. 3. ff. de jurejur. Diod. Thulden. in C. de reb. cred. nu. 9.: quanquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis, *Novell. 124. cap. 2. unde auth. novo jure C. de pæn. jud. qui mal. jud. cap. 5. & ult. de purg. ca. cap. 1. ext. de confess. .* Item causæ matrimoniales, *Gail. d. loc. Covar. de matrim. p. 1. cap. 4. §. 1. nu. 8.* Item causæ civiles arduæ & magnæ quantitatis, *Sichard. d. loc. num. 8. Gail. 1. observ. 108. nu. 11. Mynsing. 1. observ. 68. ;* in quibus tamen, si plus quam semiplene probatum est, huic jurijurando locum esse volunt, puta si cum semiplena probatione concurrat aliqua suspicio aut conjectura, *Gail. d. loc. decis. 57. Cur. Holland.*

C A P. XLV.

An Judex possit ab initio modum statuere jurijurando in litem, & an ex causa possit id non sequi, vel a principio non deferre?

Est genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei, soli defertur actori, & a nostris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ sunt species, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis Interpretes appellant. Affectionis jusjurandum est, quo actor jurat, quanti rem æstimet ex affectione, quod sæpe verum rei pretium excedit, *l. 1. l. 8. ff. de in lit. jur. .* Veritatis, quo jurat actor, quanti rem æstimet ex vero, seu quanti vere ipsius interfit, omni affectione semota, *l. 2. §. 1. ff. eod. .* Prius in specie vocatur in litem, quanquam & posterius sic appellatur, *l. 5. §. ult. cum l. seq. ff. eod. .* Utrumque defertur a solo iudice, *l. 4. §. 1. ff. eod. .* Posterius etiam in strictis judiciis defertur, re post moram aut culpa debitoris perempta, *d. l. 5. §. ult. & l. seq. .* Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum aut contumaciam non restituentis aut exhibentis, *d. l. 5. pr. & §. 3. l. 8. eod. l. 3. §. 2. ff. commod. l. qui restituere 68. ff. de rei vind. cum similib. .* Ad hoc posterius, videlicet jusjurandum affectionis, pertinet, quod legimus, licere actori in infinitum jurare, atque id etiam iudicem

cem sequi debere, *l.4. §.2. ff. de in lit. jur. d. l. qui restituere §.1. de rei vind.* : nec potest dici pejerasse, qui ex affectu jurejurando rem æstimat, quia de arbitrio suo & affectu juravit, non de vero pretio. In infinitum autem idem valet, quod in immensum, ut id postea in *d. l.4. §.2.* explicat Ulpianus, id est, etiam in eam summam, quæ longe rei pretium ac pene modum in eo excedat, dum tamen certa summa dicatur, ad quam lis æstimetur. Hæc enim istorum locorum sententia est, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum est, certa quantitas, ad quam usque juretur, non est definita; ideo necesse non esse, ut jurans hic servet certum aliquem in jurando modum: sed posse eum ex affectione pro arbitrio suo rem æstimare, & in eo affectioni suæ etiam immodice indulgere. Eodem sensu Justinianus in *§. 1. unum 4. Inst. de hered. instit.* dicit posse testatorem in infinitum quotquot velit heredes instituere. In infinitum, id est, *εἰς ἄ πέρωντων*, ut infinitum istic accipiatur pro indefinito incertoque heredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia indubium vocantur. I. an Judex possit ab initio modum huic jurijurando statuere, ad quem usque juretur. II. an possit aliquando Judex id non sequi. III. an possit in totum non deferre. Negat hæc omnia *Ant. Faber 16. conjecit. 17. §. dec. 18. err. 10.* contendens, nec ab initio taxationem, nec postea diminutionem aut solutionem judici apud veteres permissam fuisse: imo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem constanter dicimus, posse, atque olim etiam potuisse judicem taxationem huic jurijurando adjicere; posse & potuisse jusjurandum non sequi, sed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorsus absolvere; denique posse & potuisse id a principio non deferre. Ad hoc autem probandum non est necesse uti argumentis longe petitis: loci in medio positi sunt veterum Jurisconsultum Ulpiani, Marciani, & Pauli, quibus idem illi, quod nos, & tantum non iisdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet, Ulpianus in *l.4. §.2. ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione juretur in immensum; & respondet, etiam hoc arbitrio bonæ fidei judicis

gruere. Marcianus in *l. 5. §. 1. ff. eod.* potest, inquit, iudex præfinire certam summam, usque ad quam non juretur. In *l. 3. §. 1. ff. ad exhib.* Ulpianus ait, in actione ad exhibendum notandum esse, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari ei possit, iudice quantitatem taxante. *Paulus in l. arbitrio 18. pr. ff. de dol. mal.* ait, posse per contumaciam suam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, sed officio iudicis debere in utraque actione (de dolo scilicet, & quod metus causa) taxatione jusjurandum refrænari. Ex iisdem locis simul intelligimus, jurare quidem in infinitum, seu in eam summam, quæ pretium rei longe excedat, licere, atque id quoque iudicem sequi, sed tunc cum taxatio iurijurando adjecta non est: ceterum si iudex certam summam præfiniverit, ad quam usque juretur, tum ultra jurare non licere. Non obstat *l. qui restituere 68. vers. si vero non potest ff. de rei vind.*, quoniam verba illa Jurisconsulti, *Sine ulla taxatione*, minime referenda sunt ad vocem *Damnandus*, sed construenda & conjungenda cum verbo *Juraverit*, ut in ipso textu: ut sit sensus, cum iuravit nulla taxatione a iudice præfinita, id iudex sequi debet. Sed & si iudex modum iurijurando non statuerit, aut intra modum statutum juratum sit, potest tamen jusjurandum non sequi, & vel minoris reum condemnare, vel prorsus absolvere: utique ex magna causa & postea repertis probationibus. Verba sunt Ulpiani in *d. l. 4. §. 3.*, & est arg. in *l. admonendi 31. ff. de jurejur.* Magna causa est, veluti si doceatur reum non desisse dolo possidere, aut petiorem non esse dominum fundi; aut pro parte non esse, aut partem duntaxat a reo per contumaciam non esse restitutam, atque hic locum habet, quod Jurisconsultus ait, posse iudicem vel minoris reum condemnare, vel prorsus absolvere. Nec quidquam mutat *auth. post jusjurandum C. de judic.*, ubi non agitur de jurejurando affectionis, sed veritatis, quo impensæ litis a victore æstimantur, *Gloss. ibidem.* Quod si ex novis instrumentis hoc jusjurandum retractari potest, poterit etiam ab eo appellari. Est enim hoc jusjurandum in hujusmodi casibus simile necessario seu suppletorio, quia utrumque iudex non pars parti defert, & defert altera parte invita. *Fac. l. ult. §. 1. ff. de*

pellat. *Duar. ad l. 5. ff. de in lit. jur.*; quanquam in aliis propius accedit ad voluntarium, quoniam actoris causa comparatum est, qui idcirco id impune recusare potest, si de vera æstimatione probare velit, ut recte *Bartolus ad l. ult. ff. de in lit. jur. Borcholt. tr. de in lit. jur. c. 3. num. 27.*, & est in eam rem *textus* expressus in *l. quod si possessor 71. ff. de rei vind.*. Quod vero in *l. 4. pr. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non posse, id propter specialis dubii in his personis rationem notandum fuit, quia si recusent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulsari possunt. Conditio autem in *d. l. 4. in fin. pr. Si velit*, propria est hujus jurisjurandi, non adolescentis, *Borch. d. tract. de in lit. jur. cap. 3. num. 27. & seqq. Donell. 26. comm. cap. 12.*. Quid igitur est, quod *Paulus* in *l. ult. ff. eod.* scribit, ex necessitate juris in litem jurari? Respondeo primum, Paulum non loqui de jurejurando in litē affectionis, sed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere necessitatem aliquam juris publici, sed privati; quia cum æstimatio rei, quæ non extat, difficillime probari possit, necesse sit actori jurare, nisi eam sibi perire velit. Et denique, sic Paulum loqui respectu judicis, quia judex sine delatione jurisjurandi non potest æstimare rem, quæ non extat, *l. 5. §. ult. ff. eod.*. Illud autem ineptum est, quod quidam ajunt, in *d. l. ult.* agi de necessitate patiendi delationem jurisjurandi imposita contumaci, non de necessitate imposita ei, cui defertur: nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob solam contumaciam defertur, illic agitur; neque verbis Jurisconsulti, qui ex necessitate juris in litem juravit, talem sensum affingent, qui Latine sciunt, ille jurat ex necessitate juris, id est alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurijurando statuere potest, ita & potest ab initio in totum non deferre: imo propterea quod judici licet in totum a principio non deferre, ideo & modum jurijurando statuere potest, ne ultra certam quantitatem juretur. Ratio & collectio *Ulpiani* in *d. l. 4. §. 2.* item, *Marciani* in *d. l. 5. §. 1. ff. eod.*, & ibi vulg. *DD.* Potest ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur; & ideo potest, quia potest in totum

jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod *Ulpianus* in *d.l.4. §.1.* scribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre; quippe quo hoc tantum significatur, si quo casu deferendum sit, a iudice deferendum esse, non a parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus, etiamsi de dolo & contumacia adversarii aperte & liquido constet, esse in potestate Judicis non deferre, sed ubi de eo ambigitur nec satis liquet. Nam quæ Judicis arbitrio permixta, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, sed commissa viro bono cum necessitate arbitrando & statuendo, quod sibi æquius melius videbitur, *arg. l. si sic legatum 75. ff. de legat. 1. Duar. ad tit. de in lit. jur. n. 29. Coras. ad l. 5. eod. n. 21.* Mirabitur jam forte aliquis, quid Antonium Fabrum moverit, ut contra tot expressos & claros textus superiora omnia negaverit: neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis suæ profert, præter locos in *l. qui restituere 68. ff. de rei vindic. l. 4. in pr. & §. 1. l. ult. ff. de in lit. jur.*, in quibus tamen nullum ei præsidium esse, satis abundeque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adscribere, quasi in iis ipse sermo Triboniani eluceat. Ait igitur, *d.l. 4. §. 2.* a verbis, *Sed an Judex, &c. & §. seq. item l. 5. §. 1. & 2. ff. de in lit. jur. l. arbitrio 18. pr. vers. sed officio ff. de dol. mal.* esse ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque istam ignotam veteribus primum a Zenone introductam, *l. 9. C. unde vi.* Sed profecto tot illustres, quos modo citavimus, locos ex π , in quibus est tersus & emendatissimus ac genuinus veterum sermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano adscribere nimis temerarium est. Aliter olent catuli, aliter fues. Subactæ in latinitate & legibus Romanis aures facile verba veterum Jurisconsultorum discernunt a circumducta & molesta oratione Justiniani aut Triboniani: *Legitimumque modum digitis calclemus & aure.*

C A P. XLVI.

*An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio
competat, præscriptis verbis, & condictio
ob causam dati?*

Contractuum innominatorum quatuor genera facit *Fau-*
lus in *l. 5. pr. ff. de præsc. verb.*; do, ut des; do, ut facias; fa-
cio, ut des; facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem
competere actionem constat, præscriptis verbis, & condictio-
nem ob causam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout
ei, qui dedit, visum fuerit, *d. l. 5. §. 1. & §. 2. ff. eod. l. 7. §. 2. ff. de*
pact.. Præscriptis verbis agam, si velim, ut ille, cui dedi, etiam
ex sua parte contractum impleat, id est, ut ipse det vel fa-
ciat, quod convenit. Atque hoc casu si non dederit aut fece-
rit, damnabitur mihi quanti interest mea illud, de quo con-
venit, datum aut factum esse, etiamsi de re certa danda con-
venerit, *d. l. 5. §. 1. 2. & 5. l. 4. & 2. seqq. C. de rer. permut.*.
Quod si is, cui dedi, cesset dare, aut facere, & velim meum
recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe con-
ditione ob causam dati, qua repetam quod datum est, quasi
ob rem datum re non secuta, *d. l. 5. §. 1. & 2. l. 7. ff. de præsc.*
verb.. Hæc autem actio non est ex contractu innominato,
qui verus est contractus, sed quasi ex contractu seu tacita
quadam conventionione, & extra id, quod expresse actum est,
nascitur, *l. 13. in fin. ff. commod.*. Duo enim in utroque hoc
articulo, do ut des, do ut facias, aguntur; alterum expresse,
ut vicissim des vel facias, quæ conventio efficit contractum
innominatum, unde est actio præscriptis verbis in id, quod
interest: alterum tacite, ut si non fiat vel detur, de quo conve-
nit, liceat datum repetere. Atque ex hac quasi tacita conven-
tione & quasi contractu oritur condictio hæc ob causam dati.
Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, &
facio ut des, utraque superior actio non competit: sed ut una
tantum hic, eaque expressa est conventio, uniusque contra-
ctus innominatus & verus, ita & una duntaxat ex utroque
actio.

actio. Tacita conventio hic nulla, aut quasi contractus, ex quo ad repetendum condictio ob causam dati, quia nihil datum, sed factum est: facta autem repeti non possunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus istis casibus dabitur? Et quidem ex contractu facio ut facias datur actio præscriptis verbis, *l. 5. §. 4. & 5. l. 9. l. 12. de præsc. verb.*; condictioni autem ob causam dati hic locus esse non potest, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem facio ut des, non alia, quam de dolo dari videtur, *d. l. 5. §. 3. l. 15. §. fin. ff. eod. l. 4. C. de dol.*; in cuius specie est contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic condictio ob causam dati competit propter eandem rationem, quia facta repeti, aut infecta fieri non possunt. Cur autem ex contractu facio ut des non æque detur actio præscriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, subtilissimæ disquisitionis est: nec videtur esse perpetuum *d. l. 15. l. si tibi 22. ff. de præsc. verb. l. 6. C. de transact.* Et sane his locis etiam ex contractu facio ut des actio præscriptis verbis datur, contra quam diserte *Paulus* in *d. l. 5. §. 3. ff. de præsc. verb.* Non enim possis cum *Donello tract. de præsc. verb. cap. 10. & seqq.* Pauli responsum accipere de eo casu, quo is, qui fecit, a contractu recedere cupit, quo casu cum condictioni locus esse non possit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum succedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex professo agitur de actione præscriptis verbis, non de condictione, nisi obiter; quippe quæ nec ex conventionione expressa, aut contractu innominato, nascitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa disputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præscriptis verbis apparet ex *§. 2. in fin. d. l. 5.*, ubi cum actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis ex articulo do ut facias concessisset, mox *§. seq. 3.* subjicit, ex articulo facio ut des nullam esse civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non nisi inepte talis casus proponatur, quo quis vult a contractu recedere, ubi nullo modo recedi potest, nec pœnitentiæ datur locus? *Vetus* interpret *Azo*, eumque secutus *Accursius* in *d. l. 5. §. 3.* & nonnulli alii tum veterum, tum recentiorum,

ita distinguendum esse arbitrantur. Cum aliquod contrahitur synallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium transit, ajunt, ex contractu inopinato nasci civilem actionem præscriptis verbis, ut in *l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb.*; idemque esse, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abest, ita & huic aliquid adfit, ut in *l. si polienda 22. ff. d. tit. l. 6. C. de transact.*. Nunquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipsi abest, contra eum, cui plane nihil ex eo adest. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias, contrahatur *συνάλλαγμα*, seu negotium civile, etiam civilem actionem præscriptis verbis ex utroque nasci. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non sit nuda, sed non semper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum sit *συναλλάγματος*, & actionis civilis: v. c. Stichum servum meum manumisi, ut mihi Pamphilum dares: indicavi tibi servum tuum fugitivum, ut mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etsi mihi aliquid abest, tibi tamen nihil adest, nullum commodum pecuniarum inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abest, quamvis tu commodum aliquod occasione indicii consequaris. Itaque his casibus cessante actione civili præscriptis verbis, siquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, sin minus, in factum, *d. l. 5. §. 3. l. 15. in fin. ff. de præscr. verb.*. Cum autem utrinque de faciendo actum est, parem esse utriusque rationem; & quia alias etiam loco facti succedit obligatio in id, quod interest, actionem præscriptis verbis, quæ natura sua incerta est, sine distinctione dari. *Antonius* autem *Faber* in *rational. ad d. l. 5. §. 3. & seq.* putat, in hoc articulo admissam esse actionem præscriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri possit competere actio mandati propter similitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Ceterum ut ingenue fatear quod sentio, non possum superiori distinctioni penitus acquiescere. Nam & in specie *d. l. 15. ff. de præscr. verb.*, quamvis indicanti servum fugitivum nihil absit, tamen propter intercedentem

pactiōnem ob indicium, ait *Ulpianus*, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id est, præscriptis verbis: & licet mox subjungat, nisi si quis & in hac specie de dolo actiōnem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actiōne præscriptis verbis danda, sed hoc significat, secundum quosdam, etiam in hac specie actiōnem de dolo dari, ubi dolus arguitur, relicta actiōne præscriptis verbis, ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit sententiæ *Pauli* in *d.l.5. §.2. in fin. ff. eod.*, ubi in tali specie, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, eoque a te manumisso, quem dedi, evictus est; *Paulus* scribit, si sciens dedi, de dolo in me dandam actiōnem ex sententiâ *Juliani*; si ignorans, in factum civilem: quanquam locus iste *Pauli* suspectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, *Julianum* utroque superiore casu dedisse actiōnum extremas quasi primis deficientibus, in scientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi a *Marciano* & *Ulpiano* in *l.7. §.2. ff. de pact.*, qui putant utroque casu in factum civilem præscriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam si in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda est etiam in scientem, non de dolo: & ex contrario si in scientem datur de dolo, necessario in ignorantem danda est in factum prætoriam, qui certus est & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid intersit ad actiōnem præscriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, cumque tu eum manumisisses, Stichus evictus sit; an ego Stichum manumiserim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu cesses dare. Neque enim aut illo casu ex tua manumissione quicquam commodi pecuniarii in me transit, aut hoc ex mea manumissione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: sunt enim ἐκ τῶν ἀπρόρων; nec sine causa existimat *Cujacius* ad *l.7. §.2. ff. de pact.* verbum illud civilem apud *Paulum* in *d.l.5. §.2. in fin. ff. de præsc. verb.* esse additamentum *Triboniani*, & argumentum imperitiæ Compositorum.

C A P. XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est, repetitio detur?

Quæsitum est, quomodo accipiendum sit, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error est, unus facti, alter juris. Facti error est, cum aut quod factum est, factum esse nescitur, aut quod factum non est, factum putatur. Contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hic sibi jure tribuatur, is in jure errat, *l. 1. ff. de jur. & fact. ign.*, ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis sciens se non debere solvat, cessare repetitionem, juris est explorati, *l. 1. §. 1. l. si non sortem 26. §. indebitum 3. ff. de cond. indeb.*, quippe cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. cujus 53. ff. de reg. jur.*. Et ex contrario certi quoque juris est, repetitioni locum esse, si quis cum putaret se debere in facto errans, quod non debebat, solverit, *l. 6. l. 7. C. de cond. indeb. l. error 7. C. de jur. & fact. ign.*. Illud solum quæritur, an etiam ei condictio sive repetitio detur, qui quod non debebat, solvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores, *Cujac. 5. obs. 39. Duar. ad tit. de cond. ind. c. 3. Donell. 1. comm. 21. Bronc. 2. ass. 36. Perez. in Cod. de cond. ind. 12.*. Affirmant Interpretes veteres, eosque secuti *Zaf. ad rubr. de cond. indeb. n. 5. Siehard. ad rubr. & l. C. eod. Vvesemb. par. eod. nu. 9. Thulden. C. eod. n. 4. Grot. lib. 3. introd. ad jurispr. Batav. cap. 30. Christin. vol. 3. dec. 8. Bachov. disputat. 4. de act. thes. 17.*. Antequam vero sententiam nostram aperiamus, quoniam de indebito soluto hic quæritur, operæ pretium erit explicare, quid verbo *indebiti* Auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum sit, quod neutro jure, id est, neque civili jure neque naturali debetur. Sed quid si jure civili quidem debeat, non autem jure naturali aut e converso? Si tantum jure civili, id est, si ex ea obligatione debeat, cui deest

vinculum æquitatis, ut summo quidem jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum est, ejusque per errorem soluti, ut vere indebiti, datur repetitio, *l. si non sortem* 26. §. 3. *l. qui exceptionem* 40. *l. si quis* 43. *l. ex his omnibus* 54. ff. de cond. ind. . Nimirum hujusmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non est, quoniam naturæ jure non debetur: imo nec vere deberi intelligitur jure civili, *l. 3. §. 1. ff. de pecun. constit. l. nihil interest* 112. ff. de reg. jur. . Naturale autem debitum, ut ut jure civili seu summo jure debitum non sit, in hac tamen causa pro vero debito habetur, ideoque etsi exigere non potest, solutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l. naturales* 10. ff. de obl. & act. *l. indebiti* 13. *l. si pænæ* 19. *l. si non sortem* 26. §. *libertus* 12. *l. Julianus* 60. ff. de cond. ind. *l. 3. §. ult. ff. quod quisq. jur.* . Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, summa ratione denegatur ejus per errorem soluti repetitio. Sed etsi debitori detur exceptio perpetua, ceterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem naturalem consensu constitutam tollere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse *Julianus* & *Paulus* responderunt, *d. l. Julianus* 60. ff. de cond. ind. . Huc item plerique referunt exceptionem senatusconsulti Macedoniani. Nam & filiusfamilias si mutuam pecuniam contra senatusconsultum acceperit, & paterfamilias postea factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet, *l. 9. in fin. & l. seq. ff. de senat. sc. Maced.* . Affertur & alia denegandæ ex hac causa conditionis ratio in *l. qui exceptionem* 40. ff. de cond. ind. . Sed ea non est perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus eod.* . Atque ego in hac specie omnino distinguendum putarem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de senat. Maced.* . Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enimvero naturale debitum more veterum

hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & simul naturalis obligationis effectus omnes habet, demta una actione. Quod si etiam ipsa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis est mulieris intercedentis, *l. si mulier. 16. §. 1. ff. ad senat. Vellej.*, prodigi promittentis, *l. 6. ff. de verb. obl.*; aut alias destituta sit juris civilis auxilio, licet admittat accessiones, qualis est pupilli sine tutoris auctoritate contracta; talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio soluti datur, ac si quod ex ea causa solutum est, ne jure quidem naturali deberetur, *l. qui exceptionem 40. & l. seq. ff. de cond. ind. l. 9. C. ad sen. Vell. d. l. 6. ff. de verb. obl.*. Ejusdem generis est & obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solennis, vel legantis supra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falcid. l. 7. C. de cond. ind.*

Jam quod ad quæstionem propositam attinet, subscribo sententiæ veterum Interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse, si nulla sublit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo introducta est, *l. pen. ff. de cond. ind.*; ac proinde non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi potest. Quam vero æquitatem prætere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere; cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, sive quod causa debendi ab initio non valuit, sive quod effectum non habuit, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. 14. ff. de compens.*, accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. ff. de pecun. constit. l. 7. ff. de fidejuss.*; cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, *l. nam posteaquam 9. ff. de jurejur.*, quo tamen & ipso ostendit, se id pro debito non habere; quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, repeti non posse? Prima enim æquitatis regula est, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletio-
torem, *l. nam hoc 14. ff. de cond. ind.*. Ut ecce, si quis dolo
malo

malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non possum adduci, ut credam exactum ex his causis, licet per errorem juris solutum sit, 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. Et ne videamur sine auctoritate loqui, *textus* in eam rem evidens est in *l. 7. ff. de cond. ob turp. caus.*: ubi *Pomponius* discrete ait, ex stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta sit pecunia, repetitionem esse. Porro & extra hujusmodi casus *Julianus* post *Nervam* & *Atilicinum* respondit, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris, *l. qui se debere 7. ff. de cond. caus. dat.*. Similes loci sunt in *l. cum is 32. §. 1. l. si quis 43. l. si fidejussor 59. ff. de cond. indeb. l. 5. C. eod.*. His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare potest, nisi summe negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur, *l. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign.*; nemo enim potest proprii facti ignorantiam prætere, *l. 7. ff. ad Senat. Vell. ad l. mandatum 57. ff. mandat. l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.*. Præterea etiam hoc me movet, quod in toto titulo *π. de cond. indeb.* alias satis prolixo, nusquam aut errori facti tantum repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur; sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, si ve quod solutum est omnino non debeat, si ve propter exceptionem perpetuam exigi non possit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscunque sit, non obstare repetitioni, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probant tum *l. 1. §. 1. & l. si non sortem 26. §. 3. ff. eod.*; tum ratio, ob quam placet, eum qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirum quia donasse intelligitur, *l. 53. ff. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob caus. dat.*; quod sane de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putavit, dici non potest. Nec aliam ob causam in specie *l. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* condictio satisfactionis conceditur jus ignorantibus, scientibus denegatur. Postremo vel maxime me illud movet, quod a *Papiniano* responsum est in *l. 8. ff. de jur. & fact.*

& fact. ign., nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perspicue evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam *Papiniani*. Neque video quid ad hoc responderi possit sine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum responsio captiosa est, quod condicens non laborat de re amittenda, sed de re amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero hic de tempore conditionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis, negatque *Papinianus* errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit recuperare. Et tantum non ridiculum est, quod ajunt, errorem juris solventi profuturum ad lucrum, si rem recuperaret, eo quod translato per solutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quasi vero damno non afficiatur, qui dominium rei suæ in perpetuum amittit, aut lucrum sentiat, cui damnum refarcitur. Lucrum non intelligitur, nisi quod deducto damno superest: nihil autem amplius hac conditione recuperatur, quam quod damnum abstulit. Et omnino quod idem *Papinianus* in *l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Nec obstat huic definitioni *l. si fidejussor 29. §. 1. ff. mand.*; nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant; debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, & fidejussor, qui cum factum non ignoraret, in jure errans solvit: negaturque hoc casu competere fidejussori actionem mandati: de conditione autem nullum ibi verbum. Ex iisdem locis aperti erroris convincuntur, qui eandem scientiæ & ignorantiam juris rationem esse volunt. Quid enim si accipiens quoque in jure erret, dicent ne hunc furem esse? aut si sciat esse indebitum & creditorem se simulet, negabunt esse furem, propterea quod solvens, eo quod in jure errat, pro sciente & donante habeatur? *vid. l. quoniam 18. ff. de cond. furt. l. falsus 43. pr. ff. de furt.* Quid ergo est? Acquirere volenti-

bus

bus juris error non prodest, *d.l.7. ff. de jur. & fact. ign.*: exempla in *l.4. ff. eod. l.10. ff. de bon. poss. l. nunquam 31. ff. de usuc. l.11. C. de jur. & fact. ign.*: suum vero petentibus & in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *d.l.7. & d.l.8.*. Et quod dicitur, juris ignorantiam nocere, *l.9. ff. eod.*, sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere: ceterum nec damno. Enimvero meminisse oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quominus solutum repeti possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is, qui solvit, natura qualis qualis debitor est, quæ res simul justam retinendi causam accipienti tribuat; hoc sane casu distinguendum erit inter errorem juris & facti: ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce, cum essem filiusfamilias mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfamilias factus solvi; si per ignorantiam juris, non repetam, si per errorem facti, contra, *arg. l. qui exceptionem 40. de cond. ind. l.9. in fin. cum l. seq. junct. l. ult. ff. de Senat. Maced.*. Solvi fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solennem, quia forte quinque testes non adfuerant, qui numerus in fideicommissis legitimus est, *§. ult. Inst. de fideic. hered.*. Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, si errore facti, repetitionem habeo, si errore juris, non item, *l.2. C. si adv. solut. l.7. C. de cond. ind. l.9. C. ad leg. Falcid.*. Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, *arg. l.2. C. de fideicom. l. in testamento 38. de fideic. libert. l.5. §. si quis 15. ff. de donat. int. vir. & ux.*, justam facit retentionem. Et hoc puto significare *Grotium lib.3. introd. ad jurisp. Bat. cap.30.* his verbis: *Ten vvaar eenige rechtmatige reden tot de betalinge hadde gediend*. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi 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.*. Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adven-

titio lucro, *arg. l. non debet 41. §. 1. ff. de reg. jur.*

C A P. XLVIII.

An mulier ex quavis causa, etiam extra judicium, efficaciter renuntiet Senatusconsulto Vellejano?

Fœminæ non minus, quam masculi, ex contractibus suis obligantur. Excepta est intercessio senatusconsulti Vellejani providentia. Id autem ideo Senatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis est & intercessio, *l. 2. ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non sola opera nudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris, *l. 1. pr. & §. 1. ff. ad senat. Vellejan.*. Et proinde prospexit Senatus, ne remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate sua suscipiendo (ut est sexus avarus quidem, sed incautus, non prospiciens damnum, quod ante oculos positum non est) obstringerentur, *l. 2. §. 2. ff. eod.*. Subvenit autem ita mulieri, ut si de intercessione constet, nulla actio petitiove adversus eam detur: aut si hoc non satis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur, *arg. l. 9. pr. ff. de jurejur.*: totam denique obligationem Senatus improbavit, *l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vellej.*. Sunt autem nonnulli casus, quibus cessat senatusconsulti auxilium. I. Si mulier se obligavit pro manumissione, *l. pen. C. eod.*. II. Si pro dote, *l. 12. l. ult. C. eod.*. III. Si in rem suam, puta pro suo procuratore fidejussit, *l. 3. l. aliquando 13. l. si. pro 21. & l. seq. ff. eod.*. IV. Si apud minorem intercessit pro debitore inope, *l. 12. ff. de minorib.*. V. Si dolo eum deceperit, cui se obligavit, *l. 2. §. 3. l. si decipiendi 30. ff. ad senat. Vell. l. 5. C. eod.*. VI. Si pretium intercessionis acceperit, *l. antiquæ 23. Cod. eod.*. VII. Si debitori principali successerit, pro quo se obligaverat, *l. 8. §. plane 13. ff. eod.*. VIII. Si intercessionem ante biennium factam post biennium confirmaverit, atque se obligaverit iterato, *l. si mulier. 22. C. eod.*, sed pro extraneo nempe, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, etsi sæpius intercessionem repetiit, tamen intercessio inutilis est, *auth. si qua mulier C. eod.*

C. eod. IX. Si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum a matre aut avia suscepta, *auth. matri & avia C. quand. mul. tut.*; Item si pro eo, pro quo mulier intercessit, parata sit judicium accipere, ejus liberandi causa, *l. ult. §. pen. ff. ad senat. Vell.*; quorum alterum rei necessitas expressit, recepta scilicet matris & avia tutela; alterum juris, quippe quod admissa solutione omnino conlequens fuit, *l. solutione 23. ff. de solut.*. Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extra prædictas efficaciter renuntiet senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententiæ numerari solent, sed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra judicium renuntiantem senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competente, & vi senatusconsulti probe edocta sit: quanquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an hæc sit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur a *Gomesio lib. 2. var. resol. cap. 13. num. 17. Christiu. vol. 3. decis. 36.* & aliis. Sed utut hæc sit cõmunis & recepta usu forensi sententia, ego tamen cum *Alber. Bart. Bald. Castr. Salic. Alciat. Gomes. ubi sup. & aliis ibid. & apud Soar. in addit.* citatis, veriorem esse judico sententiam contrariam, nimirum mulierem extra causas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio est, renuntiantem senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quam si intercesserit sine renuntiatione. Hoc enim omnino consequens est amplissimi Ordinis providentiæ totam intercessionem improbantis, idque etiam publicæ honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videatur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad senat. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.*. Et alioqui admissa contraria opinione levi momento prudens Senatus consilium eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renuntiatura sit: nempe ubi nullum præsens damnum est, tam facile se induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipsa renuntiatio vel maxime intercessio est, utpote quæ intercessionis confirmandæ gratia interponitur? Nihil

in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem potest; neque sufficit ea res ad imbecillum, & captionibus suppositum sexum deterrendum ab intercessione, ubi nullum præsens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis sit cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris sui consciæ sint, senatusconsulto juvari constat: & semper hic militat ratio ducta a causa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum sentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in secunda promissione intercessio est, ut inquit Jurisconsultus in *l. doli* 19. *vers. diversum ff. de novat.* . Atqui renuntiatio non videtur esse efficacior intercessione repetita. Quod vero constitutum est a *Iustiniano* in *l. si mulier* 22. *C. ad senat. Vell.*, ut iterata seu repetita post biennium intercessio senatusconsulti auxilium excludat, id specialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro sua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique secus est, si ante biennium cautionem repetierit. Est & aliud hujus sententiæ argumentum in *l. antiquæ* 23. §. 2. *C. ad senat. Vell.*, ubi eo casu mulieri datur exceptio senatusconsulti, cum instrumento publice confecto & tribus testibus subsignato intercessio facta est, ita & ut hoc solo casu ipso jure teneatur, eique exceptio sit necessaria, alias senatusconsulti auxilium non desideret. Quod si igitur mulieri non obstat intercessio tam solennis, quo minus locus sit senatusconsulto, multo magis locum habebit in simplici renuntiatione. Utique enim non verbis, sed rebus leges positæ sunt; & quæ tam solenniter intercedit, serium profecto animum se obligandi habere ostendit, taciteque hoc ipso videtur Senatus auxilio renuntiare, cum alias dolus præsumi possit. Et bona igitur hæc connexio est: Si mulieri etiam tunc succurritur, cum instrumento publico trium testium subsignatione firmato intercessit: multo magis ei succurrendum est, cum tantum simpliciter exceptioni senatusconsulti renuntiavit. Non obstat regula tradita in *l. pen. C. de pact.*, quod unusquisque licentiam habet

juri pro se introducto renuntiare. Illa enim regula officium suum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas personæ, aut alia consideratio privilegio locum facit, *arg. l. alia 14. §. 1. ff. solut. matrim.*, ut recte *Alciat. in l. pen. C. de pact.*. Senatus autem, cum improbat intercessionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, sed tum propter sexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honestatis, eo quod intercedere sit virile & civile officium, *l. 1. & l. 2. ff. ad senat. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.*. Et alias, ut dixi, prudens Senatus consilium nullo negotio eludi posset. Fundatur maxime contraria opinio in *l. ult. §. pen. ff. ad senat. Vell.*, ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, se senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admisit vel potius extorsit. Etenim hoc admissio, quod mulier pro debitore recte solvit, *l. 4. ff. l. 4. C. eod.*, consequens omnino est, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitore invito, *l. solutione 23. ff. de solut.*. Nimirum si vellet solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per judicem, & aperte æquum postulat, dummodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio suscipientem audiri recte placuit, quam si caveat se, si condemnetur, auxilio senatusconsulti non usuram, idque in jure apud prætorem sive magistratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obscure extrema in *d. l. ult. §. pen.* verba, *Et sic ad judicem ire*, idest, post renuntiationem in jure apud prætorem factam ire ad eum judicem, quem Prætor dedisset, ex usitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia *Andreas Fachinaeus lib. 2. cont. 59.*, dum hunc locum etiam de cautione extra judicium sive non in jure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: sed Prætor prius adeundus erat judicii constituendi gratia, quo demum con-

stituto,

tituto, & facta litigandi potestate, ibatur ad judicem, quem Prætor dederat iudicii instituendi & contendendi causa, qua de re consulendi antiquitatis indagatores, Briffonius, Hotomannus, Sigonius, &c.

C A P. XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat?

Compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l. i. ff. de compens.* Verbi causa, tu mihi debes centum ex causa mutui: ego vicissim tibi debeo tantundem ex causa emtionis: agis mecum & petis centum ista, quæ tibi debeo ex causa emtionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Hæc contributio dicitur compensatio. Ut autem compensationi sit locus, exigitur ut quantitas seu pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus sententiam vulgo receptam, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie. Idque vel etymologia verbi satis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio significatur; nisi forte quis abusive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur Jurisconsultus in *l. in rebus 18. §. ult. ff. commod.* & *l. 7. §. ob donationes 5. ff. solut. matrim.* Utique non potest dici æqua prestatio ac tantundem reddi, nisi cum res quantitate constantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licere debet, quam aliud pro alio invito creditore solvere, arg. *l. 4. C. de compens. junct. l. 2 §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare: & faciunt huc textus in *l. si convenerit 18. pr. ff. de pig. act.*

l.4. l. si debeat 22. ff. de compens. l.4. C. cod. Paul. 2. sent. 5. Mercator. 1. opin. 14. Zanger. de except. p. 3. cap. 8. num. 108. late Schifordig. lib. 1. ad Ant. Fabr. tract. 2. & seqq. Donell. ad §. 30. Inst. de act. num. 12. & lib. 16. comm. cap. 15. Talden. in C. de compens. num. 3.. Itaque quod dicitur, in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impediat, & ponendi termini habiles, scilicet cum utrinque pecunia debetur, alias enim opus est mutua petitione seu reconventionem, ut nunc loquuntur, *l. 4. & auth. & consequenter C. de sen. & interlocut..* Ceterum hæc missa facio, & ad quæstionem propositam accedo. Cum compensatio sit debiti & crediti mutua contributio, quæsitum est, an cujusvis debiti nomine compensationem uti liceat, & nominatim an debitor conventus a creditore suo, qui vicissim ei obligatus est, sed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili simul compensare possit. Quin debitum, quod cum effectu peti potest, compensari cum alio queat, nulla dubitatio est, sicut ex converso quod summo jure debitum per exceptionem perpetuam potest removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est, *l. quæcumque 14. ff. de compens. , utpote cujus etiam per errorem soluti repetitio datur., l. si non sortem 26. §. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indeb. cum simil..* Tantum quæritur de debito naturali an id etiam in compensationem deduci possit. Et puto posse; nam cum hujus debiti, licet per errorem soluti, non sit repetitio, consequens est posse hoc ipsum & cum alio quovis debito compensari. Ratio est, quia compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quod & ipsa numerationem quandam brevi manu continet, & pro solutione ipso jure habetur, *l. 4. C. de compens. l. 10. ff. cod. l. 4. ff. qui pot. in pign. .* Et secundum hoc diserte ab Ulpiano responsum est, etiam id quod naturaliter debetur, in compensationem venire, *l. 6. ff. de compens. .* Nimirum compensatio species quædam est defensionis, & quodammodo exceptionis, paritque retentionem, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis, *l. 4. l. ob negotium ff. cod. .*

Et

Et toto errant iudicio, qui compensationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius mera n̄tatur æquitate: unde æquitas compensationis, *l. in rem* 18. ff. l. 5. l. 6. C. cod. *l. inter* 36. ff. de *admin. tut.*. Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo, quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utuntur illi exemplis a statu controversiæ alienis, & inscite admodum argumentantur. Etenim naturale debitum hic intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur, non quod in totum aut quoad effectus principales destituitur juris civilis auxilio, quale est mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filii fam. mutuam pecuniam accipientis, pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solenni, &c., cujuscumque obligationum naturalium exempla illi proferrunt (dubites, an bona fide; quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali sic destituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem solutum est, possit repeti, admittere compensationem) sed tale, quod ex conventionione descendens eisdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, una actione excepta: & adeo cujus nec per errorem soluti repetitio est: quale scilicet debitum seu naturalem obligationem auctores juris passim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obligari, *l. naturaliter* 13. *l. si pœna* 19. *l. frater a fratre* 38. *l. quod pupillus* 41. *l. si quod* 64. ff. de *cond. indeb. l. naturales* 10. *l. pupillus* 59. ff. de *oblig. & act. l. 5. §. 2. ff. de solut. & similib.* Finge igitur usuras fœnoris pecuniæ pacto promissas, hæc etsi exigere non possunt, solutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventionione debentur, *l. 3. C. de usur.*; ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt. Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat, vel fratrem fratri *συννεξῆσσις*, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, sed naturaliter duntaxat, *l. frater a fratre* 38. ff. de *cond. indeb.*: si tamen is filius postea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compensabunt pecuniam a se creditam propter obligationem

nem naturalem, *d.l.6. ff.de compens.*. Similia exempla peti possunt ex *l.6. §. sicut autem 4. ff.de pecul. leg.l.naturaliter. 13. ff.de cond. indeb. l. servus 14. ff.de oblig. & act.*. Nihil plane pro contraria sententia facit, quod Javolenus respondet in compensationem non venire, quæ per exceptionem perimi possunt, *l. quæcumque 14. ff.de compens.*. Nam quæ (malum) hæc argumentatio est: Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non venit: ergo nec quod natura debetur? Si hoc procedit, etiam illud procedet: Quod per exceptionem perimi potest, ejus per errorem soluti est repetitio, *l. qui exceptionem 40. l. ex his 54. ff.de cond. indeb.*: ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum a vero indebito, eoque quod vi ipsa nullo jure debetur, *l. 3. §. 1. ff.de const. pec. l. nihil 112. ff.de reg. jur.*, ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium adstringimur, *l. cum amplius 84. §. 1. ff.de reg. jur.*, licet jure civili exigi nequeat? denique a remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui, *d.l. 3. §. 1. de const. pec.*: ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in *l. 1. §. debitum 7. cod. tit.*. Denique quid tam ridiculum, dicam an stultum, quam sic argumentari; Si id quod natura non debetur, non potest compensari: ergo nec id compensari potest, quod natura debetur? Hæc tamen eorum collectio est. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed ob defectum actionis non petitur: longeque aliud est debitum quod peti non potest, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem summo jure potest, sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & sine exceptione, quamvis exigi jure civili non possit, hoc autem vi ipsa pro non debito est, *l. Marcellus 66. l. nihil 112. ff.de reg. jur.*. Quod vero ajunt, naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis Interpretibus vocetur, perimi oppido quam indoctum est. Nam allegationis illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione, veluti si quis judicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure com-

petit,

petit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde a debitore probanda sit, *l. 1. C. de prob.*, prope abest a natura exceptionis. Nemi autem Interpretum vel per somnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo casu debitor de facto conventus, nihil sit affirmaturus, nihil in judicium deducturus nec probaturus, sed ad defensionem suam simplici usuris inficiatione, id est, negaturus ullam auctori proditam actionem de eo quod petitur. Quid quod ridicule juberet Prætor de eo apud judicem queri, quod sibi exploratum & apud Partes confessum est? Verus debitor, inquiunt, etiamsi sententia judicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei judicatae exceptione solverit, non repetit: utrumque verum est, *l. Julianus 60. ff. de cond. ind.*: addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet, compensat; quod quid sit, non capio. Quid enim hoc monstri est, debitor quod naturaliter tantum debet, non compensat cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipse secum pensat, aut an is qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit: sed is cui naturaliter debetur, judicio conventus potest hoc debitum pensare cum eo, quod ipse civiliter petitori debet, & sic naturalis debitor patitur compensationem, perindeque habetur, ac si solvisset. Nihil præsidii habent in *l. 2. C. de compens.*: illic enim non agitur de debitore absoluto, ut imperite illi, sed de condemnato, qui & judicatum fecerat, negaturque hunc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quod ante ex causa judicati solvit. Ratio est, quia qui ex hac causa solvit, non indebitum, sed debitum solvit, cujus soluti nulla repetitio est, ut ibidem significatur. Et hætenus verum est quod ajunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: nullum enim verum debitum, quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa judicati quod debet, solvit, is nec repetere solutum,

lutum, nec ex alia causa a creditore conventus compensatione uti potest: ceterum, si ante solutionem judicati conveniatur, compensationem pecuniæ sibi ex alia causa debitæ implorare non prohibetur, *d.l.2.C.de compens.*. Quod si hæc eorum sententia est, cujus debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti nec esse compensationem; jam nullum verum debitum compensari cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti repetitio est. Eiusdem commatis est & hæc eorundem argumentatio: Ex naturali obligatione nulla nascitur actio: at qui compensatione utitur, agere videtur & mutuo petere, *l.amplius 15.rat.rem hab.l.6.C.de compens.*: ergo debitum naturale cum alio debito compensari non potest. Perinde enim hoc est ac si hoc modo colligerem: Qui non potest agere, non potest excipere, quia qui exceptione utitur, agere videtur, *l.1.ff.de except.*, aut ita ex *d.l.amplius*: Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, ergo nec solutum ex naturali obligatione accipi & retineri potest, quia qui solutum, licet sine iudicio, accipit, petere videtur. Item, qui non potest agere non potest deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur, *d.l.amplius*. Quis hæc aut similia non explodat? Querit Jurisconsultus in *d.l.amplius*, quando stipulatio hæc, *amplius non peti*, commissa intelligatur: & ait eam committi non tantum cum res iudicio petita est, sed etiam cum sine iudicio, forte ab ignorante, pecunia soluta est: ubi tamen revera nulla petitio intervenit, nempe quia qui promisit *amplius non peti*, vi ipsa contra stipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem esse ait ejus qui compensatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur, quamquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo heredis damnati non petere. Minime vero novum est, ut ei qui ultro agere aut petere non potest, actione ab alio instituta ex æquitate officio iudicis succurratur, & tantum consequatur per exceptionem, aliamve defensionem aut retentionem, quantum consequeretur, instituta, si quam haberet, actione, *l.plane 38.ff.de hered. petit*, *l.sumtus 48.ff.de rei vind.l.ex quibus 51.ff.de cond.ind.l.Paulus 14.ff.de dol.mal.exc.l.heres 21.ff.ad senat.Trebell.l.4.C.de usur.*. In compensatione autem est defen-

fio & retentio, *l. 4. l. ob negotium 20. ff. de compens.*. Nec melior hisce argumentis est eorum responsio ad locum *Ulpiani* in *l. 6. ff. eod.*, ubi aperte & rotunde Jurisconsultus pronuntiat, etiam quod natura debetur, in compensationem venire. Ajunt enim locum istum restringendum esse ad casum specialem, quo naturale debitum etiam ultro peti, & invito extorqueri potest, quale sit pupilli locupletioris facti ex contractu sine tutoris auctoritate invito, *arg. l. 5. pr. de auct. tut.*. Quali vero *Ulpianus* sic generaliter definiens de hoc uno tantum casu somniasset; aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus est, non simul civilis esse cœperit hæc pupilli obligatio, *arg. pr. & §. 1. Inst. de oblig. §. 3. Inst. de auct. l. 6. ff. de pact.*; aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compensationem: cum tamen propter summam hujus naturalis obligationis æquitatem solutum condicere non potuerit, *l. naturaliter 13. §. 1. cum l. seq. ff. de cond. indeb.*, cui omnino consequens ut & compensationem admittere debuerit, per ea quæ allegata superius. Unum adhuc removendum superest, quod fere præterieram, nempe quod ex eo quod compensatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrinque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quam cetera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili simul, in causa, de qua agitur, censetur, ut hic in causa compensationis. Sic in causis constitutionæ pecuniæ, conditionis indebiti, fidejussionis &c. nihil interest naturale sit debitum tantum, an & civile, *l. 1. §. pen. de constit. pec. l. naturaliter 13. ff. de cond. ind. l. 6. §. 2. & l. 7. ff. de fidejus.*; & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur: etiam si non idem sit in aliis causis, veluti ut mitti possint in possessionem, & bona debitoris possidere sine metu calumniæ, quo pertinet *l. creditores 10. ff. de verb. sign.*, ut bene *Cujacius*, & alii in *comment. ad d. locum*, observaverunt. Quare non obstat DD. axioma, quod determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *arg. l. 4. §. 2. de vulg. & pup. subst.*. Hoc enim tunc procedit,

quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura & diversa producere potest, ne alias oriatur absurdum, seu ἀκατάλληλόν τι, ut in specie *d.l.4. §.2.*, quod non fit in casu nostro, ubi utriusque eadem vis & par effectus est.

C A P. L.

An reus compensationem ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus sit?

Utrum cujuscunque debiti ad quodcunque sive liquidum sive non liquidum jure veteri admittenda fuerit compensatio, ut vult *Donellus ad §.in bonæ 30. Inst.de act. nu.7.*, an liquidi duntaxat cum liquido, ut *Cujacius lib.8. observ. cap.16. & lib.15. cap.12.*, supervacuum est disputare; cum certum sit hodie ex constitutione Justiniani eas duntaxat compensationes admitti, quæ ex causa liquida objiciuntur, *l.ult. C.de compens. §.in bonæ Inst.de act.*: sed nimirum hoc effectu, ut oppositæ ipso jure actiones minuant, ut iisdem locis expressum est, & pro soluto retro habeantur, *l.4. C.cod. tit.*; ac consequenter, ut quovis tempore opponi possint, etiam post rem judicatam in executione sententiæ, *d.l.ult. junct. d.l.2. C.eod.*. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit, & compensationem implorat, *d. §.in bonæ Inst.de act.*: id autem ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit, *Zanger. par.3. de except. cap.8. num.95. & seqq. Cacher. decis.129. n.13. Menoch.2. arb. q. cent.1. cas.14.*, ubi in hac re non nihil judicis arbitrio tribuendum existimat: in quo illi facile assentior. Liquidum debitum & illud existimandum, quod juris tantum quæstionem habet, veluti si quæretur, an in contractibus bonæ fidei usuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæstio certo jure definita est, *l.mora 32. §.2. ff. de usur. l.2. C.depos.*. Non liquidi autem cum liquido compensationem non admittit Justinianus: sed tum alii judicio rem reservari jubet, ne scilicet creditori fiat injuria, si debitori, qui

initio tacuit, jam convicto aut pene convicto, concedatur, ut confugiat ad defensionem compensationis, ex causa de qua non liqueat, & quæ altiore requirat indaginem, *d. l. ult. §. 1. vers. hoc itaque C. de compens.*, videfis *Christin. vol. 1. dec. 231. & vol. 3. decis. 38. Zanger. ubi sup. num. 101. & seqq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus sit compensationem ex causa, quamvis non liquida, objiciens, si eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque contestetur? nam ad hunc casum non videtur pertinere Justiniani constitutio: quippe Justinianus loquitur de compensationibus quæ fiunt ipso jure. Sic enim initio cavet, compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Atque ad hanc ipsam constitutionem temperandam pertinet quod subjicit de causa liquida, nempe in hujusmodi compensationibus, quas vult fieri ipso jure, id est, tunc cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras judicii, intentione actoris jam probata objicitur compensatio, exigere se, ut causa, ex qua objicitur, sit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, quæ non fit ex causa liquida, ideo repudiat, quia post multa forte certamina, & reo jam pene convicto, demum opponitur. Unde sic recte colligi videtur, si quis initio litis & ante omnem disceptationem utatur exceptione compensationis, licet ex causa non liquida, constitutionem cessare, eamque non pertinere ad compensationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipso jure, sed per exceptionem minuunt, *arg. l. 1. pr. ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd.* Et vulgo quidem cum Accursio id admittunt Interpretes, si debitor a creditore conventus statim debitum agnoscat, dicatque sibi vicissim tantundem a creditore deberi, atque hac defensione adversus intentionem creditoris utatur. Sed quid si reus initio neget se deberi & tamen dum de eo dubitat, utatur simul exceptione compensationis, ut dicat, etsi deberet, tamen sibi tantundem ex hac aut illa causa vicissim ab actore deberi, eamque exceptionem contestetur, an hic, si actor probaverit sibi pecuniam, quam petit, deberi; nihilominus reus jam post longa forte certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compensationis,

quam

quam initio contestatus est; & ad eam probandam admitte-
 tur, quamvis causa, ex qua compensatio objicitur, non sit li-
 quida? Adhuc dicimus audiendum esse, & ad probationem
 admittendum. Atque hæc sententia multis argumentis pro-
 bari potest. Nam primo, constat olim ex rescripto D. Marci
 compensationes admissas fuisse opposita doli mali exceptione.
 Hoc quidem jus hæctenus mutat Justinianus, ut actionem
 quamcumque ipso jure minuatur compensatio, si aperto jure
 nitatur; non autem si fiat ex causa non aperta nec liquida:
 igitur hoc casu intelligitur velle manere jus antiquum, *arg. l. præcipimus 32. C. de appellat.*. At certum est jure veteri ex-
 ceptionem initio contestatam licuisse intra quodvis tem-
 pus, dummodo idoneum, probare, *l. siquidem 9. C. de excep.*.
 Secundo, non rejicit Justinianus compensationem debiti non
 liquidi simpliciter, sed ita si post multa certamina longamque
 disceptationem a debitore jam convicto, aut pene convicto
 opponatur: ergo ex contrario si in id tempus objectionem
 compensationis non distulit, sed statim initio litis eam oppo-
 suit, quamvis ex causa minime liquida, adhuc audiendus po-
 stea erit. Tertio idem evincitur ex verbis constitutionis, qui-
 bus Justinianus jubet, ut iudices stricto jure utantur adversus
 eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compen-
 sationem debiti non liquidi opponunt. At stricti juris ra-
 tio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis conte-
 stetur, si quis eam postquam actor intentionem suam proba-
 vit, ante sententiam ad disceptationem velit opponere & pro-
 bare, *l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. l. ult. C. de except.*. Quarto,
 si alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti con-
 venti, jurisjurandi, rei judicatae &c., convenit inter omnes,
 si eam initio opposuerit, audiendum cum esse intra quodcum-
 que tempus eam probet: neque distinguitur, utrum initio
 confessus fuerit se debere, & exceptionem solummodo oppo-
 fuerit; an debere se negaverit, & tamen si convinceretur de-
 bere, exceptionem aliquam objecerit, *l. in exceptionibus 19. ff. de probation. junct. d. l. 9. C. de except.*. Idem ergo dicendum,
 si utatur exceptione compensationis, quæ est justissima. Quinto
 & postremo, si is, qui conventus negat se debere, & ta-
 men

men dicit, si debet, se solvisse, etiam postquam convictus est, auditur solutionem probare volens, quamvis solutio non sit liquida, *l. 1. C. de probat.* & ibi *Sichard. post alios nu. 3.*, idem etiam in compensatione initio opposita admittendum, etsi debitor primo neget se debere: quoniam compensatio pro solutione est, *l. 4. C. de compens. l. 4. ff. qui pot. in pign.* ita *Donell. ad l. ult. C. de compens. & ad §. in bonæ 30. Inst. de act. nu. 5. Mudæ. ibid. num. 15. Zanger. de except. p. 3. cap. 8. num. 104. & seqq.* & facit huc textus in *l. 8. ff. de compens.*. Unum est, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Justinianum sanxisse, ut omnis compensatio ipso jure actionem minuatur: quod tamen falsum esse aperte liquet ex iis quæ ex tenore ipsius constitutionis Justiniani, atque ex verbis *§. in bonæ 30. Inst. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipsa nihil solidi, aut quod confutatione dignum sit, respondetur.

C A P. L I.

An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit?

Qui rem aliquam deposuit, hoc est, alteri custodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere potest, & reddenda est etiam ante tempus constitutum repetenti, *l. 1. §. pen. & propen. ff. de pos.*. Nam cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam siue incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi depositi, ne compensationis quidem nomine, actioni depositi quicquam objici voluit Justinianus, licet in ceteris actionibus defensionem compensationis debitæque & creditæ inter se quantitatis contributionem admittat, *l. ult. C. de compens. §. in bonæ 30. Inst. de action.*. Ceterum si quid depositario per causam & occasionem rei, quam custodiendam acceperat, abesse contigerit, poterit id consequi contrario judicio depositi, quo ultro de indemnitate sua cum deponente ei experiri licet, *l. 5. ff. de pos.*. Sed quid si depositarius impensas

sas in rem depositam fecerit, poteritne ob hanc causam depō-
 situm retinere, donec refundantur? & siquidem utiles tan-
 tum fecerit impensas, vix id admiserim, cum ad officium
 depositarii non pertineat hujusmodi sumtus facere: nec puto
 posse eum contrario judicio has impensas petere, *arg. l. un. §. ta-
 ceat 5. vers. sed nec ob impensas C. de rei ux. act.*. Ceterum si
 necessarias fecerit, id est, tales, quæ nisi factæ essent, res
 aut interitura fuisset, aut deterior futura, propter hujusmo-
 di impensas concedendam esse depositario retentionem rei de-
 positæ affirmant *Placentinus, Cynus, Bald., Salic., Castr.* in
l. 11. C. depos., quibus assentior. Moveor non una ratione.
 Primo inter omnes constat, posse depositarium impensas ne-
 cessarias petere & consequi, judicio contrario sive contraria
 depositi actione. Quicquid autem contrario judicio peti & ob-
 tineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui
 directo judicio convenitur, *l. in rebus 18. §. ult. ff. commod.*
l. 15. §. 2. l. si is quis 59. ff. de furt.. At obstare creditur *l. ult.*
C. de commod., ubi Imperatores negant prætextu debiti re-
 stitutionem commodati recusari posse: nam si hoc verum est,
 multo minus recusari ob eandem causam poterit restitutio de-
 positi, *arg. l. 11. C. depos. l. ult. C. de compens.*. Sed nos non
 dicimus rem commodatam aut depositam, prætextu debiti
 ex diversa causa nati, posse retineri: verbi gratia, si com-
 modator aut qui deposuit, decem ex causa mutui debeat com-
 modatario aut depositario, posse eos obtentu hujus debiti re-
 stitutionem corporis commodati aut depositi recusare, quod
 vetant Imperatores in *d. l. ult. C. commod.*; quippe quo casu
 nec locus est contrario commodati aut depositi judicio: & ge-
 neraliter tenendum est, non posse creditorem, cui sine pi-
 gnore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod sibi de-
 betur, retinere, *l. un. C. etiam ob chirogr. pec. Donell. in d. l. ult.*
num. 3. & seqq. Cujac. in not. ad §. in bonæ 30. Inst. de Act.,
 qui tamen alibi pro commodati in *d. l. ult.* vult reponi *commen-*
dati lib. 9. obs. 37., quanquam perperam, quod nunc omitto,
vid. Gilbert. Reg. lib. 1. opin. cap. 14.. Sed hoc dicimus, pos-
 se commodatarium, aut depositarium, id quod contrario ju-
 dicio consequi possunt (possunt autem eo judicio consequi,
 quod

quod occasione ejusdem contractus iis abest, & vel maxime impensas necessarias) etiam posse per retentionem rei, quasi quæ pignoris loco sit, servare, *l. 15. in fin. ff. de furt. l. si quis rem 20. & ibi Gothofr. ff. de acq. poss.*. Deinde cessat hic plane ratio, ob quam Justinianus compensationem & retentionem in causa depositi prohibet, scilicet suspicio & præsumptio perfidiæ, quæ nulla esse potest, ubi necessariæ impensæ factæ sunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depositarius has impensas faciat, cum sine iis futurum sit ut res pereat? Denique, impensæ necessariæ quodammodo partem rei constituunt, & tantum de re, in quam fiunt, detrudere videntur, quantum in eam impensum est, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti, *arg. l. plane 38. ff. de hered. petit. l. 5. ff. de impens. in rem dotal. fact.*. Quamobrem non obstant constitutiones Justiniani in *d. l. 11. C. depos. & l. ult. C. de compens.*, quibus depositarius non solum jubetur confestim reddere depositum, sed etiam ut reddat sine ulla exceptione aut defensione, quæ ad compensationem vel retentionem spectet. Nam textus isti accipiendi sunt de compensatione vel retentione, quæ fit ex diversa causa, & ad illos casus pertinent, in quibus depositarius jus in re non est adeptus, quod consequitur per impensas necessarias, quo casu quasi pignoris loco res esse incipit, *l. creditoris 15. §. 2. ff. de furt.*. Dissent. *Donell. in d. l. 11. num. 9. C. depos.*

C A P. LII.

An præter dolum, etiam culpam, & quam culpa præstet procurator, seu mandatarius?

Qui negotia aliena mandatu domini gratis gerenda suscepit, is in jure nostro & apud bonos auctores procurator appellatur; sive negotia illa sint forensia & judicialia, sive quævis alia extrajudicialia, *tit. ff. & C. de procur. & mand. vll cont.*. Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præsertim eum qui negotia administrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt, cui commissæ lites & negotia forensia. Cujus rei causam esse puto, quod jam
a mul.

a multis annis procuratores appellari cœperint ii soli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Ceterum nomen mandatarii non memini vel apud nostros vel apud alios auctores legisse. Non ideo tamen abstinebo eo nomine, sed utroque utar promiscue, ne nimia verborum curiositas mihi objiciatur. Neque vero etiam omnem, qui mandatum suscepit, velim procuratorem appellare, verbi causa non eum qui mandatu meo pro me fidejussit. Jam ut ad rem propositam veniam, quæri solet circa obligationem procuratoris sive mandatarii de dolo, culpa, & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus est, qui dolum malum non recipiat, sive in quo non præstetur dolus, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. contractus 23. ff. de reg. jur.*; & sicut dolus in omnibus contractibus præstatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præstari, quia dolo & fraudi proxima est, & juris interpretatione dolum repræsentat, *l. si fidejussor 29. ff. mandat. l. quod Nerva 32. ff. de pos. l. 7. §. 1. ff. de suspect. tut. l. 1. §. is quoque 5. ff. de oblig. & act. cum similibus*. Unde 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, tantum, duntaxat*, ut in *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. §. ult. ff. de pos. & d. l. 23. ff. de reg. jur.*, ubi depositum & præcarium dicitur dolum duntaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur, *d. l. quod Nerva 32. ff. de pos. l. 1. C. eod. l. 8. §. 3. ff. de præcar.*. Omnis igitur controversia hic est de culpa levi, & maxime de culpa levissima, quæ passim in jure nostro per oppositum indicatur, nempe verbo diligentia, quo summa significatur & exactissima, *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 1. §. sæpe 35. ff. de pos. d. l. 23. ff. de reg. jur.*. Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ sive dolo proximæ nihil a procuratore exigendum videri, secundum primam definitionem *Ulpiani* in *d. l. 5. §. 2. commod.*; esse enim procuratorem similem depositario, seu ei qui rem gratis custodiendam accepit: utrumque esse enim beneficii debitorem,
& con-

& contemplatione alterius, illum rem gerendam, hunc custo-
 diendam suscipere: & quod deponenti imputari potest, quod
 negligenti amico rem custodiendam tradidit, *l. 1. §. is quo-*
que 5. ff. de oblig. & act., idem imputari posse & mandatori,
 quod negligenti amico rem gerendam commisit. At deposti-
 tarium præter dolum & culpam latiore nihil præstare. Ce-
 terum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter
 eos locos, quibus expresse traditum est, mandatarium, non
 tantum de dolo, sed etiam culpæ nomine teneri, *l. 8. §. ult.*
ff. mand. l. 11. C. eod. d. l. 23. ff. de reg. jur., & apud *Licinium*
Rufinum in *collat. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depos.* hæc ver-
 ba *Modestini* referuntur: *In mandati judicio dolus, & culpa*
præstatur. Certum autem est, verbo culpæ absolute posito
 aut dolo opposito significari culpam levem. Plus dicimus,
 etiam culpam levissimam in judicio mandati venire: sic enim
 diserte scriptum est in *l. a procuratore 13. C. mand.*: a procu-
 ratore dolum & omnem culpam præstandam esse, solum casum
 improvisum non præstandum. Ac ne quis putet, hoc perti-
 nere duntaxat ad procuratores forenses, non ad alios aut
 quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium
 & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re*
mandata, C. eod., aliena negotia exacto officio geri, nec quic-
 quam in eorum administratione neglectum ac declinatum
 culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in ea
 pro *Roscio Amerino*, ubi de judicio mandati differens, ait in
 minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo ma-
 litiosius, verum etiam negligentius gesserit. Atque hæc causa
 est, cur *Ulpianus* in *d. l. 5. §. 2. ff. commod.* ad declarandam pri-
 mam regulam exemplo depositi, non etiam mandati utatur:
 & facit hæc etiam *l. si mater 24. C. de usur.* Cur ergo in man-
 dato recedimus a regula, quam in deposito servari placet?
 Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus sit di-
 ligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei ge-
 rendæ convenientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc
 ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessa-
 riam in se futuram recipere videtur: quod non convenit de-
 posito: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut in-
 dustria,

Austria, sed fide duntaxat opus est. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non esse comparandum cum quovis depositario: sed cum eo depositario solum recte comparari mandatarium, qui ultro se deposito obtulit; quem placet omnem culpam præstare, & summam rei custodiendæ adhibere diligentiam, non alia de causa, quam quod ultro se deposito offerendo de diligentia sua & solerti custodia promittere videatur, *l. 1. §. sæpe 35. ff. de pos.*

Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii seu procuratoris, modo utriusque utilitatem respicit: propterea quod hæc distinctio in commodato probata est, *l. 5. §. 2. vers. commodatum autem junct. §. interdum 10. l. in rebus 18. in fin. pr. ff. commod.*. Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius procuratoris gratia intervenit, dolus duntaxat & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum cadere non potest; neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, *§. tua tantum 6. Instit. de mandat.*; mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. §. 6. & l. 2. §. ult. ff. eod.*; ut proinde cum de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens: quomodo etiam consideratur in *l. in re mandata 21. C. eod.*. Plane in iis, quæ negotium commissum consequuntur, bonam fidem præstare, culpaque & fraude carere sufficit: uti & cum non administratio commissæ, sed negotium mandatum, quod industriam non requirit, veluti fidejussio, per *l. 8. §. ult. l. 10. pr. l. si fidejussor 29. §. quædam tamen 4. ff. eod.*

C A P. LIII.

*An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus
inter socios valeat, ubi æqualis est operæ
& pecuniæ collatio?*

IN coëunda societate facile admissa est hæc conventio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia, idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam in lucro, §. 1. *Instit. de societ.*. Imo vix inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficulter admissum est, ut partes lucri & damni dispariliter constituerentur; veluti si conveniret, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum; alter duas damni tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria, sed a Servio Sulpitio admissa est: cujus sententia prævaluit, teste *Justiniano §. 2. Inst. de societ.*. Ceterum Sulpitius non tam improbasse videtur sententiam Mucii, quam temperasse: & nimirum quod Mucius simpliciter dicebat, iniquam esse hanc pactiõnem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ, quod etiam forte solum consideravit Mucius: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert: imo justam esse hunc meliore conditione in societatem admitti, *d. §. 2. Inst. de societ.*. 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 & industriæ: quam distinctionem & *Ulpianum* probare evidenter arguit responsum ejus in *l. si non fuerit 29. ff. pro soc.*. Atque ita olim

contra Joannem Azo disputavit, cujus sententiam Interpretes commun. ad d. §. 2. & ad d. l. 29. sequuti sunt. Donell. ad l. 1. C. pro soc. num. 23. Gomez. 2. var. resol. 5. nu. 5. Mantica. lib. 6. de tacit. & ambig. conv. tit. 4. nu. 9. & seqq. Cbristin. vol. 3. decis. 51.

Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractus, l. contractus 23. ff. de reg. jur., modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis sententiæ refragatur quod generaliter definit Justinianus in §. 1. Instit. de societ., si partes expressæ fuerint, has servari debere: hoc enim & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum esse argumento est, quod in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacite constitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quisque contulit, per l. 6. l. Mucius 30. l. quid enim ff. pro soc., secundum quod Aristoteles lib. 8. Ethic. ad Nicomach. in fin. εν χρημάτων κρινονία, inquit, πλείω λαμβάρεσιν οί συμβαλλόνεσι πλείω. Et si vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur possit expressa conventionione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Et quamvis in totum donationis causa societas non recte contrahatur, l. 5. §. 2. ff. cod.: dubitandum tamen non est quin non minus ex parte donationis causa contrahi possit, quam emptio venditio, l. si quis 38. ff. de contr. emt., quod & Mantica ubi supr. nu. 19. videtur admittere. Quapropter existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati profit, quam alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium admittit, defendendam, sufficiat id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuisse mentem Ulpiani, eumve nimiam duntaxat improbasse inæqualitatem in d. l. si non fuerint 29. ff. pro soc. Ut ut vero sit,

fit, usus huiusmodi conventiones sustinet, ut post *Angelum*, *Porcium*, & alios, testatur *Wesenbecius* ad §.2. *Inst. de soc. & in parat. ff. eod. num. 7. add. Menoch. 2. arb. jud. cas. 125.*

C A P. LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cuius periculo sit?

ETiam uno pecuniam, altero operam conferente, societatem contrahi posse obtinuit, *l. 1. C. pro soc.* & ita quidem, ut *Justinianus* ait in §.2. *Inst. eod.*, ut lucrum inter eos commune sit: quoniam sæpe opera alicujus tanti est, quanti pecunia, juxta illud *Plauti* in *Asin.*

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, *l. si non fuerint 29. §. 1. ff. eod.*. Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emanant, & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. In quo genere societatis quæsitum est, an etiam fors seu pecunia, quam alter contulit, communis fiat, & finita societate cum altero, qui solam operam præstitit, sit dividenda; an vero is, qui contulit, eam percipere debeat, & id solum quod superest inter socios dividi? Et *Cynus*, *Baldus*, *Castrens.* *Sichard.* *Donell.* & *comm. DD. in l. 1. C. pro soc. Fachin. lib. 2. contro. c. 94. Perez ad tit. C. pro soc. n. 8. & seq. Gail. lib. 2. obs. 24. num. 6. Thulden. ad Inst. de societ. c. 3.* respondent pecuniam hanc minime communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & solius lucri, quod factum est, inter socios divisionem fieri. Rationem hanc afferunt, quod in proposita specie non ea videatur esse mens societatem coëuntium, ut pecuniæ collatæ proprietates communicetur, sed ut usus operæ cum usu pecuniæ compensetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune sit: sufficere enim debere socio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod

lucrum facturum non esset sine pecunia socii. Et quod alias summa inter socios urgeret inaequalitas, eo quod is qui pecuniam contulit, si forte finita societate praeter sortem nihil superfit, duplici incommodo afficeretur, scilicet, quod & dimidium sortis collatae amitteret, & nullum ex pecunia sua fructum, quem alias consequi potuisset, perciperet. Porro pro firmamento hujus sententiae afferuntur duo loci. Primus est *Ulpiani in l. cum duobus §. 2. vers. si in coeunda ff. pro socio.* ubi cum unus e sociis pecus suam alteri pascendum, vel agrum colendum dedisset in commune quaerendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, sed ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d. §. 2.* subjicitur, socium quoque culpam praestare debere, si rei communi nocuit, recte colligitur, prius actum fuisse de re non communi. Alter locus est *Justiniani in §. 2. Inst. de societ.*, ubi ait ita posse coiri societatem, ut alter pecuniam conferat alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicujus pro pecunia valet; ecce hic pecunia collata non fit communis, sed lucrum tantum, quod ex negotiatione secuta factum est, communicatur. Neque obstat huic sententiae, quod simpliciter scriptum est in *l. 1. C. pro socio*, uno pecuniam, altero operam conferente, societatem posse contrahi: nam & pecuniae collatio, & operae cum ea comparatio, ad usum duntaxat pecuniae, & utilitatem, quae non modo ex pecunia, sed etiam ex opera & industria percipi potest, referenda sunt, *Fachin. Perez. Donell. ubi supra.*

Ex hac autem quaestione nata est & altera: utrum in hujusmodi specie societatis damnum pecuniae amissae commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. Et superiori sententiae omnino consequens est, damnum hoc ad eum ex sociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam si pecunia collata non fiat communis, sed dominium ejus apud conferentem maneat, juxta sententiam superiorem, etiam periculum amissionis pecuniae ad eum solum pertinebit: cum utique res pereat suo domino, *l. piguus §. C. de pign. act.*; & qui operas confert, non intelligatur se obligare voluisse ad damnum fortis, cum sufficiat eum dam-

damnum sustinere operarum : cumque fortis nullum sentiat commodum, nec incommodum sentire debeat. Ad hæc si dicamus damnum debere esse commune, magna induceretur inæqualitas : quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & præterea sentiret partem damni in pecunia amissa: alter vero non totam fortem amitteret, sed partem solummodo. Quibus & hoc accedit, quod, posito damnum comune esse, is qui pecuniam confert, nullum periculum subiret fortis in totum amittendæ, quod genus societatis prope abesse creditur a fœnore & usuraria pravitare, per *C. plerique 14. quæst. 3. Panorm. in C. per vestras de donat. int. vir. & ux.* Ita post *Accurs. Cyn. Bald. Angel. Castr. Fachineus lib. 2. controu. cap. 95.*

Ceterum, etsi hæc magnam veri speciem habent, non tamen ita simpliciter ad superiores quæstiones respondendum videtur : in omnibus enim negotiis primum inspiciendum est, quid actum sit, *l. semper 34. ff. de reg. jur. l. 3. ff. de reb. cred.* Et siquidem nominatim in coeunda societate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæstu pecuniæ & operæ mutuo collatæ descenderet, communio esset, certum est pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in specie *l. cum duobus 52. §. 2. vers. si in coeunda ff. pro soc.* Sicut ex contrario nemo dubitat, quin si expresse convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quod si de eo dubitetur, inspiciendum erit quid tacite & verisimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, sed duplici. Nam aut comparatur opera cum solo pecuniæ collatæ usu, quo casu verum est fortem domino perire, & si salva est, domino salvam esse : aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit fortis. In prima specie comparatur cum opera non fors, sed periculum amittendæ fortis, & lucrum quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera operæ pretium habendum quasi forti adjectum, & pro eo quod valet, in ipsa forte partem habere debet qui operam præstat. Atque hinc jam ad superiores quæstiones quid respondendum sit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque industriam tantundem vale-

re, quantum alterius pecunia, ut non usui tantum pecuniæ collatæ respondeat, sed etiam dominio: nullaque alia conventionem interposita casu factum, ut finita societate, præter sortem ab uno collatam, nihil superfit: dico hic, eum qui operam æquivalentem sorti impedit & perdidit, in partem fortis admitti debere, quasi id tacite actum sit: ne alioqui unus e duobus, qui paria contulerunt, totum quod contulit amittat; alter salvum habeat, & spe lucri tantum frustretur. *Fac. l. si id quod § 8. pr. & §. 1. l. cum duobus § 2. §. quidam sagariam 4. ff. pro soc. :* & ita cape *Glossam in l. 1. C. eod. tit.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, si opera unius tantum respondeat usui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in solidum apud conferentem maneat, & lucri solius, quod ex usu pecuniæ unius & industria atque opera alterius speratur, communitio sit: ac proinde hoc casu etiam damnum pecuniæ amissæ totum ad conferentem pertinet, per ea quæ supra. Priore autem casu, cum pecunia communis fiat, & pretium operæ quasi sortem augeat, periculum hoc ad utrumque spectare videtur, & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita post *Petrum a Perasio*, qui iudicis prudentiam hic desiderat, *Covar. lib. 2. var. resol. cap. 2. nu. 2.*, quem laudat & sequitur *Hugo Grotius lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 12. num. 24.*

C A P. LV.

An in emtorem hereditatis transeat jus accrescendi? A.

NON tantum corporis emtio est, sed etiam juris, puta hereditatis, actionis seu nominis debitoris, *tit. ff. & C. de hered. vel act. vend.*. Et emtori juris etiam ante cessionem datur utilis actio in rem, si hereditas vel actio vendita sit, *l. si cum emtore 16. ff. de pact. l. ult. C. de hered. vel act. vend.*, quamvis emtori corporis ante traditionem nulla sit in rem actio. Et licet venditor corporis teneatur de evictione, venditor tamen hereditatis aut nominis evictionem non præstat: sed satis est, si præstet hereditatem esse, nomen esse quale quale, *l. 4.*

l. qui

*A. Vid. Besey.
paratitl. ad
D. lib. A.
tit. 39. n. 15.
tom. 1. fol. m.
311.*

*l. qui filiisam. 14. §. 1. ff. de hered. vend. l. si plus 74. §. ult. ff. de evict. . Cui consequens est, nec remedio l. 2. C. de resc. vend. in venditione hereditatis aut nominis esse locum. Cum autem emtor hereditatis vicem heredis obtineat, eique restituendum fit, non solum quod jam ad heredem ex ea hereditate pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, l. 2. §. non tantum 4. & §. cum quis 18. ff. de hered. vend., quæsitum est, an in emtorem hereditatis etiam transeat jus accrescendi. Ponamus, L. Titium heredem scriptum esse ex triente, aut hereditatem legitimam pro triente L. Titio delatam, eumque hanc suam hereditatis partem vendidisse Gajo Sejo: quæritur si coheredes L. Titii portionem suam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accrescendi pertineat, an ad Gajum Sejum, emtorem hereditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem hic quæstio moveri potest, quæ tanquam una confusim a plerisque tractatur: an ipso jure & recta deficientium portiones accrescant emtori; sin minus, an non saltem venditor quod sibi accrevit emtori præstare teneatur actione ex emto. Quantum attinet ad quæstionem priorem, plane negandum est emtori quicquam directo accrescere. Quippe juri accrescendi tantum locus est inter coheredes, seu heredes ejusdem hereditatis, ut constat ex omnibus locis, qui de hoc jure loquuntur: at emtor hereditatis neque a testatore, neque a lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres; sed venditor heres manet, *l. ei qui 88. in fin. ff. de hered. instit. .* Et quod notandum est, ut soli ei, qui ex parte aliqua heres extitit, sive ex testamento, sive lege ab intestato, deficientium portiones accrescunt, ita & invito accrescunt & ignorantibus, & denique semper cum onere suo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non potest, *l. heredi 31. l. qui ex duabus 53. §. 1. ff. de acq. hered. l. 9. ff. de suis & legit. her. l. un. §. his ita definitis 10. C. de cad. toll. .* Nec vero putandum est emtorem hæreditatis similem esse ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituta est: hic enim ex voluntate testatoris venit, emtor non item. Quid quod nec in fideicommissarium Trebellianum, quamvis juris successor sit, jus ac-*

crescendi transit. Nam si heres rogatus semissem, ex quo institutus est, restituere, portionem suam sponte adiit, & restituit, deficientis postea coheredis portio non fideicommissario, sed heredi fiduciario accrescet, ut recte *Cujac. lib. 12. obs. 12. & 13. Ant. Fab. dec. 50. err. 4.* censent. Etsi enim fideicommissarius Trebellianus juris successor dicitur, & heredis loco esse respectu testatoris, propterea quod ad exemplum heredis succedit in omnia jura defuncti, & quæ a defuncto in heredem sunt translata: non tamen succedit in jus omne ipsius heredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti heres habet, quale est jus accrescendi: quippe quod habiturus esset etiam testatore invito: alias fideicommissarius non loco heredis, sed heres heredis esset. Non offendor *l. Papinianus 43. ff. ad Senat. Treb.*, quia loquitur de eo qui compulsus adiit, non qui ultro & sua sponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accrescere fideicommissario, sed heredi; at non manere apud heredem. Constat autem eum, qui coactus adiit, & quantum in se fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum, ac si irritam fecisset; eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit, vel habere potuerit, non tantum ex testamento, sed etiam occasione testamenti, haud secus ac si hereditatem non adiisset, *l. ita tamen 27. §. 2. & §. si præceptis 14. ff. ad Senat. Trebell.* Et licet post restitutionem nihilominus heres ipso jure maneat, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit, & id egit, ne heres esset, *l. 4. ff. eod. tit.*, in iis, quæ ad ipsius commodum spectant, pro non herede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat, quod laturus non fuisset, si hereditatem non adiisset. Quod si hic heres ex parte scriptus sponte non coactus hereditatem amplexus esset, haud dubie aliud *Papinianus & Ulpianus in d. l. 43. ad Senat. Trebell.* respondissent, nempe portionem deficientem non modo accrescere heredi, sed etiam apud eum manere, cum nihil obstet quominus maneat. Et est heres, qui compulsus adiit, respectu emolumenti non absimilis ei, cui tanquam indigno eripitur hereditas; eo quod tacite cavet se hereditatem restitutum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex testamento aut occasione testamenti consecuturus fuisset.

fuiſſet, amittit & conſequenter etiam jus accreſcendi, *l. ſi totam* 83. ff. *de acq. hered.*. Ut autem ad emtorem hereditatis revertamur, unum eſt quod maxime pro eo urgent alii, nempe reſponſum *Papiniani* in *l. ſi Titio* 33. §. 1. *in fin.* ff. *de uſufr.*, ubi *Papinianus* *Juliani* ſententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, perſonæ fructum accreſcere: unde dicendum videtur, deficientium heredum portiones non heredi, qui ſuam portionem vendidit, ſed emtori qui eam habet, accreſcere debere. Reſpondeo, non ſimpliciter *Papinianum* aut *Julianum* jus accreſcendi attribuire portioni, quaſi portioni competat, eamque ſequatur, apud quemcumque ea ſit, ſed perſonæ ejus, ſive heredis ſive legatarii, qui portionem ſuam agnovit & obtinuit ex voluntate teſtatoris, ad differentiam ſcilicet ejus, cui conjunctim cum alio uſufructus ejusdem rei legatus eſt, qui etiam jus accreſcendi habet, quamvis partem ſuam non agnoverit, *l. 1.* §. 3. ff. *de uſufr. accreſ.*. Nulla autem ratio dari poteſt, cur magis heres, vendita portione hereditatis ſibi acquiſitæ, jus accreſcendi amittat, quam unus e legatariis ejusdem rei, vendita parte ſua. Sunt qui reſpondent heredem hoc ipſo, quod pretium conſecutus eſt, videri adhuc portionem ipſam habere, pretiumque in locum rei ſuccedere, & portionem venditam repræſentare, per *l. 4.* §. ult. ff. *ſi quis omiſ. cau. teſt.* *l. ſi uſufructus* 35. §. 1. ff. *de uſufr.*. Sed quia hæc reſponſio non tollit totam difficultatem (quid enim, ſi heres partem ſuam alteri non vendiderit, ſed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius, quam ipſi, jus accreſcendi tribuendum erit?) malim dicere cum *Ant. Fabro* *dec. 50. err. 5.* *Bachov. ad Treutl. diſput. de emt. & vend.*, illud ipſum jus, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portionis fungi, niſi & hoc ipſum vitietur, & heres ex cauſa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis conſecuturus fuiſſet; quod contingit tum ei qui coactus alieno periculo adit, *l. 4. ad ſenat. Trebell.*, tum cui, ut indigno, hereditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio eſt, cur in ſpecie *l. ſi totam* 83. ff. *de acq. hered.* heredi, qui clam fidem ſuam accommodavit, ut incapaci hereditatem reſtitueret,

stitueret, nihil debeat accrescere, id est, ita accrescere, ut apud eum maneat: quoniam & illud quod accrevit, ei tanquam ministro fraudandæ legis auferitur, & fisco vindicatur, *l. 1. l. 3. l. Imperator 43. ff. de jur. fisc. l. 1. C. de delator.* Illa autem ratio, quam *Ulpianus* in *d. l. si totam* affert, quia rem non videtur habere, minus accurata est, nec ad omnes pertinet casus; non ad casum hereditatis venditæ, aut restitutæ capaci ab eo, qui sponte adiit. Nec vero semper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad casus omnes, etiam de quibus forte non cogitarunt, accommodari possint, utuntur. Et alioqui sequeretur necessario, neque eum heredem, cujus portio legatis exhausta est, integra legata solventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accrescendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam posito, portiones deficientium heredum non emptori hereditatis, sed heredi, qui suam portionem agnovit & vendidit, accrescere, amplius adhuc queri potest, an non saltem heres idemque venditor, quod ei postea accrevit, emptori actione ex emto teneatur restituere? Hæc enim inter se non pugnant, non accrescere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu posse petere: sic enim licet actiones directæ penes venditorem maneat, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet restituere. Et cum quasi per aversionem jus omne quod heres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino sine ratione colligat aliquis, etiam jus accrescendi ea venditione comprehensum. Denique cum emptor periculum sustineat nominum hereditariorum, non inique vicissim sibi asserere videtur lucrum accretionis. Ceterum licet hæc ita, nec sine specie, disputari possint, ego tamen ne illud quidem emptori hereditatis concedendum puto, ut commodum quod occasione juris accrescendi ad heredem postea pervenit, ei extorquere possit. Etenim cardo totius hujus quæstionis in eo potissimum vertitur; an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem transfret: utique enim si hoc actum non sit, non transibit, cum actus agentium non extendantur ul-

tra eorum intentionem, *l. non omnis* 19. ff. de reb. cred. l. semper 34. ff. de reg. jur.. Jam vero non est credibile, de eo cogitatum aut inter contrahentes actum esse, quod an ad venditorem perventurum aliquando esset, & venditor & emtor ignorabant: sed non nisi pars jam actu quæsitæ vendita censeretur debet, nec alia, quam illa ipsa & sola, ex qua heres institutus venditor fuit, & quam aditione acquisivit: id, inquam, solum, quod tempore venditionis jam heredi competebat, ut & diserte responsum est in *l. 2. §. 1. ff. de her. vend.*. Et quæso, cum pretium rei venditæ æqua proportione constitui soleat, *l. pretia rerum* 63. ff. ad l. Falcid., an non absurdum & iniquum videri debet, si heres sextante aut quadrante, ex quo institutus est, vendito, idque pretio valori rei ἀναλότως sive proportione respondententi, cogeretur partem longe majorem, & forte triplo aut quadruplo accrescentem, postea ad emtorem transferre? Illa autem quæ passim in *d. l. 2. ff. de hered. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne heredis, quod ad emtorem transeat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum perventurum est; quod emtor vicem heredis obtinet: accipienda sunt de parte ipsa vendita, de qua sola inter contrahentes actum est. Hæc in effectu & Jasonis & Ripæ in *l. re conjuncti* 89. ff. de legat. 3. & Salic. in *l. un. C. quand. non pet. part.* & Gomes. 1. var. resol. cap. 10. num. 44. & Fachin. 5. contr. cap. ult. sententia est. Diss. Bart. in *d. l. re conjuncti*, Duar. lib. 2. de jure accresc. cap. 6. & Papillon. in tract. de jur. accresc.

C A P. LVI.

An beneficium l. 2. C. de resc. vend. competat venditori non ignorantem valorem rei venditæ?

Quamvis in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus se invicem circumvenire, dummodo absit dolo malus, *l. 1. causa* 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minor. l. item si pretio 22. §. ult. ff. de locat., est tamen hujus regulæ exceptio in *l. 2. C. de resc. vend.* ubi ea sic restringitur, ut non procedat, si læ-

si læsio excedat dimidium justii pretii; tunc enim placet rescindi venditionem, etiamsi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, sed ex qualitate facti dolus æstimetur, *l. dolus emptoris S. C. eod. tit.*. Igitur si quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æstimatione valebat ducentos & viginti aureos; si oblata pretii, quod accepit, restitutione petere potest, ut venditio rescindatur, & res vendita sibi restituatur: aut si malit emptorem retinere, ut suppleat quod justo pretio deest, *d. l. 2. C. de resc. vend.*. Quæsitum vero est, an id beneficium etiam ei dandum sit, qui valorem rei suæ scivit. In qua quæstione assentior *Bartolo, Baldo, Saliceto, Castrensi in d. l. 2. Menoch. cons. 562. Diod. Taldeno ad C. tit. de resc. vend. num. 4.* negantibus dandum esse, contra *Alberic. de Rosate in d. l. 2. num. 12. Pinell. par. 1. cap. 1. num. 10. Fachin. 2. contr. cap. 20.* Rationes hujusce assertionis nostræ hæ sunt. I. Quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui scit & consentit, *l. nemo 145. ff. de reg. jur. l. venditor 11. C. de resc. vend. l. si minor 9. C. de act. empt.* II. Quia videtur donationis causa minoris vendidisse: nam ubi errore interveniente daretur repetitio, ibi quod consulto & a sciente fit, donari intelligitur, *l. cujus per errorem 53. ff. de reg. jur. junct. l. si quis 38. ff. de contr. empt. l. cum donationis 34. C. de transact.* III. Quia qui scit & vult, similis est ei qui jus & actiones suas remittit, *l. 1. in fin. ff. de action. empt.*. Postremo a parte hujus sententiæ stat textus rotundus in *l. 1. C. si major fact. alien. fact. sine decr. rat. hab.*, ubi expresse ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum ad consultationem Liciniæ rescribit Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur *Pinell. & Fachin.*, hæ fere sunt. I. quia *Impp. in d. l. 2. C. de resc. vend.* beneficium hoc venditori supra dimidium veri pretii læso concedentes non distinguunt, sciverit an ignoraverit pretium rei suæ: at quæ distinctionem lex non agnoscit, eam nec nos admittere oportere vulgatum est. II. Quia hac distinctione admittitur beneficium legis; quippe quod raro admodum locum haberet: quoniam venditor præsumitur nosse vires & merita rei suæ,

etiam

etiam prædii longe distiti, *l. quisquis 15. C. cod. tit. III.* Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, sed in nimia inæqualitate: quæ utique societatem vitiat, absque discrimine scientiæ vel ignorantia, *l. si non fuerint 29. §. ult. ff. pro soc.* IV. Quia fieri potest, ut venditor necessitate rei familiaris urgente vel sciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut a priori sententia, quæ & communis est, recedendum videatur. Nam ad primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo disertis verbis distinctio ista agnoscitur, nempe *l. 1. C. si major fact. alien fact. sine decr. rat. hab.*, etiam ipsa *l. 2. C. de resc. vend.* eandem distinctionem non obscure suppeditat; quoniam nemo sciens & volens lædi videtur: quæ regula utique etiam in venditione obtinet, *l. ea quæ commendandi 43. ff. de contr. emt.*. At humanitati *d. l. 2.* causam dedit iniquitas læsionis. Atque hinc simul removetur & tertia ratio: nam etsi *d. l. 2.* non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria sive iniquitate, quæ nulla est adversus scientem & consentientem, *l. nemo 145. ff. de reg. jur.*. Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriam, id cum locis supra citatis tam manifeste pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat. Nihil præsidii habent in exemplo quod afferunt societatis leoninæ, id est, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum aut partem lucri expectat: nam lucri communio ita naturalis est societati, ut sine ea nequeat societas consistere. Quod si forte putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in sociorum æquali collatione, hallucinati sunt, eumque errorem confutavimus *supra c. 52.* At tametsi in societate id placeret propter naturam societatis, quæ æqualitatem desiderat, & jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum 63. pr. ff. pro soc.*, non continuo id trahendum esset ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipso jure nulla esset venditio, quando pretium non per omnia proportione responderet rei venditæ, nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris est, minoris emere, quod minoris, pluris vendere, & ita naturaliter invicem se circumscribere, contra *l. item si 22. §. ult. ff. locat. l. in causæ 16. §. idem*

Pomponius 4. ff. de minorib.. Quod secundo loco allegant, admissa nostra eademque communi sententia, futurum ut rarissime huic beneficio sit locus, eo quod venditor præsumatur non ignorare pretium rei suæ, ex *l. quisquis 15. C. de resc. vend.*, male huc accommodatur: quia ea lex diserte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præsumi scire venditorem, sed debere scire vires & merita rei familiaris, cujus tamen ignorantia ignoscitur, si ultra dimidium læsus est. Postremo nec in necessitate venditoris rem suam urgente debito distrahentis contraria opinio fundari potest: id enim repugnat aperto textui in *l. non idcirco 12. C. de resc. vend.*

C A P. LVII.

An locus sit beneficio l. 2. C. de resc. vend. in transactione?

Beneficium quod venditori, qui rem minoris dimidio iusti pretii vendidit, tribuitur *l. 2. C. de resc. vend.*, ex adverso etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit, dandum esse, facile admiserim cum Interpretibus contra *Cujacium lib. 16. obs. 18.* Quin etiam ad alios contractus venditioni similes humanitatem constitutionis transferendam esse, veluti locationem, permutationem, familiaræ aut rerum divisionem, si quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus acceperit, quam dedit. Neque enim personæ beneficium est, sed causæ, hoc est, non tribuitur personæ venditoris, sed læsioni: quia læsus, non quia venditor. Quibus autem in causis eadem plane ratio est, in his idem jus statui oportet, estque hæc communis usque forensi recepta sententia. Anteps autem & necdum communi consensu terminata quaestio est, an legis hujus beneficium ob enormem læsionem etiam producendum sit ad transactionem? puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur, aut quam in petitionem deduxerat. Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem sententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio

comparata est ad lites finiendas, *l. fratris 10. C. de transact.* *Aloij. dice.*
 sicut & jusjurandum, cui transactio æquiparatur, *l. 1. & l. 2. in coher. § 1.*
ff. de jurejur.. Unde consequens est, ut quemadmodum dato *adest de iuris-*
 jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum sit, omni- *nem sui de*
 sa quæstione, an debeatur, *l. 5. §. 2. ff. de jurejur.*, ita quoque li- *locum lapio*
 te transactione bona fide sopita nihil amplius quæri debeat, *ni in trans-*
 quam an transactum sit: ne alioqui remedium finiendis liti- *actione*
 bus comparatum, earundem fiat seminarium, in quam rem
 & textus est notabilis in *cap. 1. ext. de transact.*. Nec aliam ra-
 tionem habere credo, quod placuit ne principali quidem re-
 scripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere,
l. causas 56. C. de transact.. Sed nec minorem auctorita-
 tem habet transactio, quam res judicata, *l. non minorum 20. C. de transact.*.
 At vero res judicata prætextu læsionis, licet immodicæ, non rescinditur,
l. 4. C. de re jud.. Et porro sicut ex causa judicati solutum non repetitur
 conditione indebiti, *l. 1. C. de cond. indeb.*, ita nec solutum ex causa transactio-
 nis, etsi debitum non fuerit, *l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ign.*.
 Quid quod pecunia quæ transactio-
 nis causa datur, non datur tanquam in præteritum debita,
 sed ob causam futuram, ne aliquid sequatur, *l. nec intentio 23. C. de transact.*,
 quod apprime notandum est. Et magna satis causa justaque est,
 cur detur, nempe ut a lite discedatur, *d. l. in summa §. 1. ff. de cond. indeb.*.
 Gallorum proverbium est, *Il gagne assez, qui se met hors de procez.*
 Ad hæc nec ob reperta postea instrumenta transactio rescinditur,
l. sub prætextu 19. C. de transact.. At quæ justior causa læsionis aut
 quæ gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere jus
 integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remissum sit.
 In *l. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad senat. Trebell.* proponitur casus a Scævola,
 quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo
 amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa
 fideicommissi restituerat, & tamen negat Scævola, si transactio
 intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Non
 potest hic locus intelligi de transactione interposita postquam
 jam instrumenta reperta essent, quomodo a nonnullis accipitur: alioqui non transactio

ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset. Ponamus vero postea transactum esse, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem læsionem? Adde quod apud Scævola non illud quæritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam restitutum erat, sed illud tantum an in reliquum fideicommissi nomine heres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut si transactum sit, in reliquum fideicommissi nomine heres conveniatur. Etenim transactione rescissa omnia in pristinum statum restituntur, secus vero est, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus est qui huic sententiæ objici solet, nempe *l. si superstite 5. C. de dol.*, ubi filia emancipata, quæ cum patre super causa gestæ tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex isto loco colligi possit, transactionem bona fide ab utraque parte interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Ajunt Imperatores, si filia immodice læsa fuerit ex liberatione quæ transactionem secuta sit, novatione & acceptilatione solenniter interposita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quam quo immodica illa læsio intervenerit dolo patris, per fraudem liberatione filia expressa, & nimirum quo casu si adversus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: ceterum & illud in confesso est de dolo agi non posse, nisi cum eo in cujus persona dolus arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam simpliciter, non in rem scripta, atque adeo famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea realia sit actio, *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.*, nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit, *l. non debet 11. ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit,

fit, *l. sed & 15. §. ult. ff. eod.*, nunquam alio colore, aut læsionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormissima, ut a pragmaticis vocatur, læsio v. c., quæ ultra bessem fit, dolum re ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat, commentum est Interpretum in *l. si quis 36. ff. de verb. oblig. vid. Anton. Fabr. Cod. suo forens. tit. de transact. de fin 3.* Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debet interpretationem recipere ex *l. 2. C. de resc. vend.*, quippe cum dolo non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimetur, *l. dolus 10. C. eod. tit.*, nec unquam esse possit ἀνευ προαιρέσεως, *l. 1. §. 1. ff. de dol. mal.*; sed ideo adjectum est, quoniam si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus patrem actio illa in factum subsidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari solet ipsa actio de dolo ob modicam summam adversus alium quemlibet, *l. si quis 9. §. ult. cum l. seq. ff. de dol. mal.*, ut bene *Ant. Fab. dec. 8. err. 10. Schifordig. lib. 2. tract. 25. fere per tot.* Porro ratio cur actori, qui transegit, beneficium hoc concedendum non sit, sita est in dubio litis eventu. Quid enim? forte ei non debebatur quod petebat. Et dato debitum fuisse quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat: aut propter impensas dubium litiseventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio? Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait *Ulpianus* in *l. quemadmodum 29. §. 3. ff. ad leg. Aquil.* Imo vix est ut ratione comprehendere queat certam dubii litis eventus æstimatio. Fatemur dubium eventum æstimari posse, *l. propter 23. ff. famil. ercisc. l. si jactum 12. ff. de act. emt. l. 11. ff. de hered. vend.*; sed negamus dubii eventus certam posse constitui æstimationem, *d. l. quemadmodum §. 3. l. quod debetur 51. ff. de pecul.*; ut proinde nec certa læsio dici possit, quæ ex hujusmodi eventus dubii æstimatione inducatur; cum tamen certam esse læsionem oporteat, & quidem inspecto præcise tempore contractus, ut huic remedio sit locus. Atque hanc eandem ob causam recte defenditur, nec locum habere idem remedium in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur, *l. 8. §. 1. ff. de contr. emt. l. 2. §. 3. l. 4. l. 11. l. qui filii 14. §. 1. ff. de her.*

ber. vend. l. si plus 74. §. ult. ff. de evict. l. 1. C. cod.. In reo autem transigente prima facie videri potest omnino non esse locum huic quæstioni, quippe cum nemo plus dare soleat, quam ab eo petitur; sed tamen & in reo transigente potest locum habere; nam etsi nemo plus solvit, quam ab eo petitur: at tamen dicere potest, se nihil aut duplo minus quam dedit, debuisse, & nihilominus ad vitandam litem tantam se summam dedisse. Ceterum nec reo hoc casu remedium *d. l. 2. C. de resc. vend.* tribuendum erit; nam cum eodem casu cesset condictio indebiti, *l. in summa 65. §. 1. ff. l. 2. C. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ign.*, quæ & ipsa ex humanitate, bonoque & æquo introducta est, *l. pen. ff. de cond. indeb.*, utique & cessare debet remedium *d. l. 2.*. Non me latet *Pinellum* ad *d. l. 2. par. 1. cap. 3. num. 5.* bonamque cum eo partem Interpretum beneficium *d. l. 2.* porrigere ad quoscunque contractus, etiam stricti juris, atque adeo ad ipsam quoque transactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est: utique ad transactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est: quamvis id quoque faciat idem *Pinellus* *ibid. num. 10.* audaci sane, ut mihi videtur, interpretatione, & multarum litium semina continente, *vid. Andr. Gail. 2. obs. 70. Damboud. prax. civ. cap. 200. num. 6. & seq. Fachin. 2. contr. 26. Diod. Talden. ad tit. C. de resc. vend. num. 5. Ant. Fab. dec. 8. err. pragm. 10. Don. in d. l. 2. C. de resc. vend. num. 22. Perez. ad d. tit. C. num. 14.*



ARNOLDI
VINNII JC.

SELECTARUM JURIS
QUÆSTIONUM.

LIBER II.

CAPUT I.

Si conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat?



ERTUM est casus fortuitos nullo in iudicio præstari, ac ne in commodati quidem, *l. 5. §. quod vero 4. ff. commod. l. 1. §. & ille 4. ff. de oblig. & act. §. 2. Inst. quib. mod. re. contr. oblig. l. contractus de reg. jur. l. 6. de pign. act.*, quo postremo loco verba illa *in nullo bonæ fidei iudicio*, non sunt adjecta ad excludenda iudicia stricti juris, *l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig. l. 5. ff. de reb. cred.*, sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cuius generis est commodatum: nam si in commodato non præstatur casus fortuitus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus sit stricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, sed de levi duntaxat, *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. stabul. l. in navem 31. in fin. ff. locat.*, tantum abest, ut de vi majore, & casu teneatur, *l. si merces 25. §. vis major 6. ff. locat. l. contractus de reg. jur.*. Ceterum natura contractus conventionem contraheentium mu-

tari potest. Finge convenisse ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus quam placitum est præstabitur: quamvis alias in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præstetur, *l. 5. §. 2. & §. interdum 10. ff. commod. l. 1. §. si convenit 6. ff. depos. l. 1. C. eod. d. l. contractus de reg. jur.*. Sed & si in negotio gerendo conventio interposita sit de casu præstando, scilicet ut debitorem damna fatalia sequantur, rata est conventio: contractus enim legem a conventionem accipiunt, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *d. l. contractus d. l. 1. §. illud 7. §. sepæ 35. ff. depos. l. 6. C. de pign. act.*. Quamobrem & si quis ita fundum locaverit, ut si quid casu fortuito sive vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, pacto standum est, *l. si quis 9. §. 2. ff. locat.*. Est autem casus fortuitus id omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l. in rebus 18. pr. ff. commod. l. ex conducto 15. §. 2. ff. locat. l. 1. §. 4. ff. de oblig. & act. l. 6. C. de pign. act.*. Igitur hoc certi juris est, si convenerit, ut conductor etiam casum fortuitum præstet, conventionem valere, damnumque improvise casu contingens conductorem sequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujusmodi conventio etiam pertineat ad casus insolitos, id est, an conductor in se recipiens casus fortuitos, recepisse etiam intelligatur casus insuetos & raro admodum contingentes? *Bartolus* in *l. 4. §. pen. ff. si quis caut. jud. sist.* & in *l. fistulas 78. §. ult. ff. de cont. emt.* id negat, quem sequitur *Mantica lib. 5. de tac. & ambig. conv. cap. 8. Gail. 2. obs. 23. n. 18. & vulgo DD.* Nimirum distinguunt illi inter casus fortuitos solitos sive communiter contingentes, & insolitos seu qui præter consuetudinem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventionem præstare teneatur, horum autem neutiquam, quasi de iis cogitatum non esset. Sed mirum est profecto hanc sententiam cuiquam probari potuisse; cum eventus insolitus vel maxime contineatur appellatione casus fortuiti, & fere solus etiam secundum ipsius *Bartoli* definitionem in *d. l. fistulas 78. §. ult.*, ubi cum dixisset eum qui in se suscipit casum fortuitum, teneri de casibus communiter contingentibus, mox imprudens sibi contradicit, dum ait:

casus

casus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex consuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex consuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum *Bartolus* in *d.l.4. §. pen. ff. si quis caut. jud. fist.* sententiam suam, nempe conventionem de præstando casu fortuito interposita, non intelligi casum insolitum, firmasset auctoritate *Labeonis* in *d.l. fistulas §. ult. ff. de contr. emt.*, ubi ad hujus textus explicationem venit, necesse fuit, ut aut incaute sibi contradiceret, aut sententiam suam mutaret, adeo perspicue ibi casui fortuito adscribuntur insolita, & quidem insolita tantum, non etiam quæ secundum consuetudinem eveniunt. Verba *Labeonis* hæc sunt. *Si frumenta quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum, ea frumenta nives corruerunt, si immoderatae fuerunt & contra consuetudinem tempestates* (ita lego, non *tempestatis*, cum *Salmasio cap. 24. ad jus Attic.*) *agi tecum ex emto poterit.* Locus hic minime obscurus est, sed planus, si ullus alius. Notum est, emtione perfecta id est simul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinere, tametsi res emptori nondum tradita sit, venditorem autem ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præstare, §. 3. *Inst. de emt. & vend. l. 8. pr. ff. de per. & commod. rei vend.*, & sexcentis similibus locis. Ergo in specie a *Labeone* proposita, si venditor nominatim casus forte eventuri periculum in se non suscepisset, nullam emptor cum eo actionem habuisset de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in se casus fortuiti præstatione, de eo quod tempestate contigit, ex conventionem tenetur, si modo tempestas insolita fuit, & præter morem cæli regionis sæviit, aut ut ipse *Labeo* ait, si ideo frumenta corrupta, quia tempestates immoderatae & contra consuetudinem fuerunt, quasi quod vulgo & ex consuetudine fit, pro casu fortuito non sit habendum. Quam ob causam satis mirari nequeo, quod *Bartolus* & passim alii firmamentum sententiæ suæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte destruit. Ceterum sunt alia loca, quæ *Bartoli* sententiam probabilem faciunt aut saltem prima specie facere videntur.

Primus locus est *l. Sejo 10. §. 1. ff. de ann. leg.* ubi *Papinianus* ex facto de hujusmodi specie consultus, *Medico Sempronio, quæ viva præstabam, dari volo*, respondet, ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum *Bartolus* notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam similitudinem hæc species habet cum quæstione proposita. Tale enim legatum, *Quæ viva Medico præstabam, &c.* non nisi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri potest, quia instar honorarii seu stipendii annui medico id relinquere testatrix voluit: ac proinde nec videri potest testatrix sensisse de iis, quæ ex occasione & quasi fortuita liberalitate semel atque iterum in vita præstiterat: quippe circa quæ legatum non potuit consistere utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi posset: quia nimirum quæ extra ordinem & ex occasione καὶ τὶ χον ἰσως dedit, ea non ἐκ προνοίας, aut perpetuæ voluntatis destinatione profecta fuerunt. Secundo, pro eadem sententia affertur *textus* in *l. 4. §. pen. ff. si quis caut. jud. sist.*, ubi *Jurisconsultus* negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium desertum exculent, nisi causæ exceptionum specialiter fuerint expressæ. Respondeo: & illud dissimile est. Nam qui casum fortuitum in se recipit, ipsa nominis vi admonente cogitat etiam de insolitis, saltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non censetur cogitasse de iis causis, quæ de novo forte emerfuræ sunt, sed tantum de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non respiciunt ad id de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum e converso casus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte *Diod. Thalden. ad Cod. tit. de locat. num. 11.*

Cetera quæ proferunt, minorem etiam speciem habent: quale est illud quod in *l. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse. Nam etsi prævideri non possunt, nec averti: possunt tamen præcogitari; & qui eos in se suscipit, insolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque est
quod

quod de procuratore universorum bonorum afferunt, nempe etsi is facere potest ea quæ dominus facere solitus erat, non posse tamen facere quæ dominus facere non consuevit, *l. vel universorum 12. ff. de pign. act. l. qui si misses 13. §. 1. ff. de usur.* Etenim mandati fines diligenter sunt custodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis, *l. 5. ff. mand.* Generale autem mandatum, etsi verbis omnem administrationem continet, non continet tamen sententia mandantis, quippe quem credibile non est ea mente fuisse, ut quid procuratori tuo facere permiserit, quod ipse facere non consuevit: & alias satis notum est, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, sed speciale mandatum in his requiri; qualia sunt causa famæ, restitutio in integrum, transactio, &c., *l. non solum 39. §. ult. & l. seq. l. mandato 60. ff. de procur. l. illud 25. §. 1. ff. de minorib.* Postremo, ejusdem generis est, quod colligunt ex *l. qui occidit 30. §. 3. vers. at si omnia ff. ad leg. Aquil.*, ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia quæ oportuit, observavit, & subita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de casu fortuito præstando actum est, ac proinde nec præstari casus fortuitus debet, nec magis insolitus, quam qui crebrius evenire solet, *l. contractus in fin. ff. de reg. jur.*; eodemque modo respondendum ad *l. si putator 31. ff. ad leg. Aquil.*, & ad *l. si quis fumo 49. §. 1. ff. cod.*, ubi Ulpianus scribit, damnum injuria dedisse non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad suas ædes perveniret: qui textus est notabilis. Ita ferme & Pauschman, *lib. 1. quæst. pract. cap. 6. & 7. Fachin. lib. 1. contr. cap. 86. Diod. Thulden. ubi supra.*

C A P. II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusim inconsulto domino?

Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumtus quos in illorum cultura & insitio-

ne, five, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe in longissimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & confererentur, idque modica pensione annua, quæ veri Domini memoriam conservaret; quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem fere conditione locari cœperint. Est igitur jus emphyteuticum seu emphyteusis jus perpetuarium, quo quis agro alieno tanquam alter quidam Dominus utitur ac fruitur sub lege certæ annuæ pensionis in recognitionem directi domini præstandæ. Non solum autem jus utendi fruendi per constitutionem emphyteusios emphyteuta acquirit, sed etiam jus emphyteusios oppignorandi, *l. lex vectigali* 31. ff. de pign., servitutum prædio imponendi, *l. 3. §. ult. ff. de superficie.*, jus vendendi, donandi, permutandi, & quoquo modo in alium transferendi, *l. 3. C. de jur. emphyt.*: unde est, quod emphyteutæ interdum Domini vocantur, *l. 2. l. 4. C. de div. præd. urban. & rust. temp. lib. 11.* Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteusios non tantum licita cuilibet fuit, sed etiam libera, *l. 1. ff. si ag. vectig. §. 3. Inst. de loca. l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11.* At lege Justiniani id jus nonnihil imminutum, *l. 3. C. de jur. emphyt.*: cujus hæc summa est, ut si inter Dominum & emphyteutam in ipso contractu de alienatione nihil convenerit, (nam conventionem omnimodo servari vult) liceat quidem emphyteutæ jus suum in alium transferre, sed certis conditionibus, quarum prima est, ut si id vendere velit, Domino illud denuntiet, eique offerat *προτίμωσις*, seu emendi prærogativam. Non requiritur ergo consensus Domini, ut vendere liceat, ut male plerique putant; verum ut ipsi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc non tam est requisitio Domini, quam simplex certioratio. Secunda est, ut novus emphyteuta a Domino in possessionem inducatur, seu, ut nunc vulgo loquuntur, investiatur. Tertia & postrema, ut Dominus pro admissione & subscriptione ac depositione (cujus forma in *d. l. 3.*) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquagesimam partem pretii, si vendatur, vel æstimationis fundi, si per aliam conventionem, puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem poste-
riora,

riora, nempe inductio seu investitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non satis expeditum est, an in casu donationis & permutationis eadem quoque denuntiatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam similis prærogativa Domino competat; non utique in hoc, ut, si emphyteuta rem alteri donare velit, Dominus postulare possit, ut sibi donetur, quod aperte iniquum est: aut si permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur Domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipsum sine manifesta injuria emphyteutæ constitui non potest. Sed an emphyteuta, priusquam donet aut permutet, Dominum certiorare debeat, se id facere velle, & sic etiam offerre Domino, si velit, potestatem emendi; sive an Dominus possit æstimationem solvendo sic etiam rem ad se revocare. Respondeo, ne hoc quidem admittendum est, tum respectu donantis emphyteutæ, qui forte, dum alium obligare & remunerare vult, simul vult extare monumentum liberalitatis suæ & manere in sui memoriam: tum respectu donatarii, cui fortassis gratior esset & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniam accipere: & quid si emphyteuta prædium suum alicui legaverit (potest enim & hoc facere, *l. si domus 71. §. ult. ff. de legat. 1. l. in conventionibus 219. ff. de verb. sign.*) & id fecerit indulgens affectui amici sui, an & hic Dominus oblato pretio legatarium fundo sibi legato privare poterit contenta voluntate defuncti? atqui legare est donare. Aut quid si emphyteuta heredem testamento instituerit, an & hic idem Domino licebit? In permutatione vero si hoc admittamus, frustrabitur emphyteuta desiderio suo & fine cupito, nempe eo prædio, quod suo prætulit, & multas ob causas præferre potuit. Quid enim si alter illud vendere nolit, aut non nisi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob causam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam suum, ut homines diversimode afficiuntur? Vendentis autem emphyteutæ plane nihil interest, quo pretium accipiat, a Domino, an ab alio: quippe quod solum desiderat, & in quod nulla potest cadere affectio, *l. 3.*

ff. de in lit. jurand.. Hoc itaque posito, supervacuum foret in donatione aut permutatione requirere consensum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus suum prior transferre vult, dominus admittat & in possessionem accepto laudemio suscipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, nisi in tales personas jus transferatur, quæ in contractibus emphyteuticis excipi solent, aut non sunt idoneæ ad solvendum emphyteuticum canonem, *d. l. 3. vers. necessitatem autem C. de jur. emphyt.*. Et bene Jason animadvertit, principium *d. l. 3.* esse generale, atque in universum ibi prohiberi emphyteutam jus suum in alium transferre, hoc scilicet sine, ne inscio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta substituatur, & ille privetur laudemio: at *vers. sed ne hac occasione* esse specialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam si facere velit emphyteuta, formam illic præscriptam servare debeat. Arguunt hoc ipsa *textus* verba, *vendere, comparare, pretium accipere, eandem quantitatem præstare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea quæ mox sequuntur, & quidem evidentissime: quod nescio an ab aliis observatum. Nam cum Imperator constituisset, quid speciatim in contractu venditionis observari vellet, nempe attestationem meditatæ venditionis domino transmittendam esse, eique offerendam emendi prærogativam, & si deliberaturum se dicat dominus, responsionem ejus per bimestre temporis spatium expectandam; tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteusios alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, si dominus neget se emere velle, aut per memoratum tempus nihil respondeat, tunc liceat emphyteutæ jus suum, cui velit, dummodo personæ idoneæ, vendere, atque ut dominus necesse habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, si emphyteuta alio modo jus suum ad personas concessas & idoneas transponere velit, posse hoc eum facere etiam domino inconsulto, nulla nec emphyteutæ imposita denuntiationis necessitate, nec concessa domino contradicendi licentia. Utroque autem

casu exigit, ut dominus ipse novum emphyteutam in possessionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem a domino testato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menses expectet, qui si novum emphyteutam intra id tempus admiserit, tum illi pro admissione sua & subscriptione, honorarii loco vult tribui quinquagesimam partem pretii, si jus emphyteuticum venditum est, vel æstimationis loci, si ex alia causa translatum. Quod si dominus toto eo tempore superfederit novum emphyteutam alioqui idoneum admittere, tum Justinianus ipsi emphyteutæ liberam potestatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in possessionem, nil laudemii nomine domino relicto, quod alias pro admissione consecuturus fuisset. Atque hæc communis Interpretum sententia est in *d.l.3.*, quam sequitur *Mantica lib.22. de tac. & amb.convent.tit.28. nu.56. & seqq. & n.69.* atque ibi citati, *Diod.Thulden.in Cod.d.tit.num.8. Bronchorst. cen.1. assert.80.* eamque bene & erudite defendit *Donell.lib.9. comm.14.* Dissentit ex parte *Ard.Pachin. lib.3. contr.cap.97. & lib.6.cap.98.* Cujus argumentis facile occurri poterit ex iis quæ jam dicta sunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in casu donationis & permutationis emendi prius domino potestatem faciendam contendunt, eumve æstimatione oblata jus habere rem ad se revocandi, leviores sunt, quam ut novam & peculiarem mereantur responsionem. Obiter hic noto quibusdam, nempe curialibus, vetitum esse prædia sua sine decreto vendere, donare & permutare permissum: ex quo apparet, non semper a venditione ad donationem licere ἀνασχευάζειν, de quo Interpretes ad *l.non debet 21. ff. de reg. jur.* Quatenus nostris & Gallorum moribus a constitutione Justiniani in *d.l.3. C. de jur. emphyt.* recessum sit, discite ex *Groenevv. tract. de leg. abrog. ad d.l.3. Grot. lib.2. introd. ad jurispr. Bat. cap.4. Mornac. & Autumn. ad d.l.3.*

C A P. III.

*An Dominus fundi emphyteutici, post elapsam tempus
canonem recipiens, videatur renuntiasse
caducitati?*

PRæstatio canonis seu pensionis annuæ pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati domini, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet Domino expulso emphyteuta agrum auferre, *l. 1. pr. ff. si ag. veēt. seu emphyt. pet. §. 3. Inst. de locat.*. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo, volente Domino, cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.*. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem. C. de Sacros. Eccles.*. Quid autem, si emphyteuta post cessationem tanti temporis canonem elapsum Domino obtulerit, isque eum ultro sine protestatione acceperit, an non videri debet Dominus hoc ipso caducitati renuntiare, & solventem pro emphyteuta agnoscere? Et siquidem emphyteuta Ecclesiæ per biennium in solvendo canone cessaverit, novissima Justiniani lege, licentia datur Ecclesiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & præterea rem emphyteuticam vindicandi, sive, ut *Justinian.* loquitur τὴν ἐμφυτευτὴν ἐκβαλεῖν τῆς ἐμφυτεύσεως, *Nov. 120. cap. 8.* unde *auth. qui rem C. de Sacros. Eccles.*. Igitur si Prælatus aut Capitulum post biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, salvum nihilominus manet Ecclesiæ jus emphyteutam expellendi. Ceterum cum hoc constitutum sit speciali favore Ecclesiarum & venerabilium domuum, ut apparet ex *d. cap. 8. Nov. 120.*, nec Prælato concedendum, ut jus Ecclesiæ ex caducitate quæsitum remittere possit, non temere id ad emphyteusin civilem trahi debet. Imo, quia Justinianus id specialiter constituit in emphyteusi Ecclesiastica, hoc ipsum argumento est, noluisse eum idem observari in emphyteusi civili, ut proinde hic standum sit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid

hic

hic ex ratione juris communis in emphyteusi civili statuendum sit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non solutum jure suo volente Domino excidit, etiamsi interpellatus a Domino non fuerit, *l. 1. C. de jur. emphyt.*; quippe cum dies hic interpellat pro homine, ut vulgo dicitur, *l. 12. C. de contr. & comm. stip.*; sed neque moræ hic admittitur purgatio, quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non potest, *l. Celsus 23. pr. ff. de recept. arbitr. l. 4. §. ult. ff. de leg. commiss. l. cum stipulatus 113. ff. de verb. oblig. l. ad diem 77. ff. eod.*. Ratio est, quia quod jus Parti semel quæsitum est, sive lege, sive propria conventionem, id ei auferri non debet, *l. 2. ff. de his qui sui vel alien. jur. l. 12. ff. de reg. jur. Fac. d. l. 23. ff. de recept. arbitr.*, quanquam emphyteutæ Ecclesiæ jure canonico permittitur moram purgare celeri satisfactione, *cap. ult. extr. de locat.*, forte quia jus suum citius amittit, eoque jure & in civili nos uti scribit *Grotius lib. 2. introduct. cap. 40.*, de quo tamen vide *Christin. vol. 1. decis. 157. n. 3. Coren. obs. 22. rer. jud. a supr. Holl. Senat. Groenevv. tract. de leg. abrog. ad d. l. 2.* Cum igitur emphyteusis (loquimur de civili) non soluto per triennium canone ipso jure in commissum cadat, nec cadat tamen nisi volente Domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum est, eleganter quæritur, an, si Dominus post triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta sine protestatione acceperit, aut ipse canonem exegerit, commissio renuntiassè videatur? Affirmant *Guido Pap. quæst. 171. Clar. §. emphyteusis quæst. 10. Fachin. 1. contr. 99. Perez. in C. de jur. emphyt. in fin. Ant. Fab. C. eod. defin. 16. Jas. late in l. 3. C. d. tit. & DD. comm.*, quos etiam sequutus est *Bachov. in Trentl. vol. 1. disp. 29. thes. 12.*. Negant *Mantica lib. 22. de tac. & ambig. convent. tit. 33. num. 1. & seqq. Bronchorst. cent. 1. assert. 83. D. Thulden. ad Cod. de jur. emphyt. num. 15. Christin. vol. 1. decis. 157. num. 8. & seq.* Ego priori sententiæ, ut probabiliori mihi visæ, semper adhæsi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commissi cum sit pœnale, facile remissum intelligatur, sicut evenit, cum alia qualibet pœna commissa ob non solutam sua die pecuniam, fors petitur post diem, aut cum venditor, qui legem commissi-

foriam

foriam exercere potuit, pretium petere maluit, *l. pen. ff. de leg. commiss.*, nimirum in odium pœnarum quæ semper odiosæ, sive legitimæ sint, sive conventionales, *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen. ff. de pœn.*. Utique regulariter res ipsa & pœna simul peti non potest, *l. rescriptum 10. §. 1. ff. de pact. l. si pater 12. §. 2. ff. de pact. dotal. l. 4. §. Labeo 7. ff. de dol. mal. except. l. 4. C. de pact. int. emt.*, nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diversa ratio est, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præstandum id, ad quod præstandum ex conventionem aut lege obligatus est. Perperam autem ad hæc loca & similia respondetur, quod pœnalis stipulatio per se non consistat, sed accessio sit obligationis principalis, qua sublata & ipsam tolli necesse sit. Verum enim non est, pœnalem stipulationem accessionem esse ejus obligationis cui subicitur; per se enim subsistit, *§. ult. Inst. de verb. oblig. l. ita stipulatus 115. pr. ff. eod.*, & valet, etiamsi subjecta sit inutili, *l. stipulatio ista 38. §. alteri 17. ff. eod.*. Imo & usuræ præteritæ, quæ ex stipulatione debentur, obligatione fortis sublata, adhuc peti possunt, quia duæ hic sunt obligationes separatae, *l. centum Capuæ 8. ff. de eo quod cert. loc. l. 1. C. de judic. arg. l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. emt. l. 4. C. de pos. a contrario sensu.* Quod autem pœnalis stipulatio subjecta turpi aut impossibili inutilis est, *l. stipulatio 61. l. si homo 69. ff. de verb. obl. non eam rationem habet, quod sit accessoria aut inutili subjecta; sed quia & ipsa eodem vitio, quo prior, laborat, & pro turpi aut impossibili habetur, per l. aliud est fraus 131. ff. de verb. sign. de quo fuse Donell. ad d. l. si homo.* Confirmat hanc nostram sententiam *l. Æmilius 38. ff. de min. in verb. & pretium petenda a lege sua recessisse; item l. Celsus 23. pr. vers. Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non potest, ff. de recept. arb.; & similis locus est in l. pen. ff. de leg. commiss.*. Igitur si Dominus non potest exigere canonem, & simul exercere jus caduci, sive rem vindicare, & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiasse videtur. Etenim hoc posito quod privatio & expulsiō sit pœna, uti revera est, si Dominus non ignarus emphyteutam jure suo cecidisse, quo non nisi eo volente cadit, canonem

nonem præteriti temporis sibi oblatum receperit, solventem pro emphyteuta agnoscere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum est, emphyteutam & jus suum atque meliorationes amittere, & nihilominus ad canonem solvendum compelli. Quod autem apprime hic notandum est, emphyteuta canonem non solvens duplici de causa jure suo privatur: primo, quia pensionis damno dominum affecit: deinde, & quidem præcipue, quod se emphyteutam esse negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone postea oblato, & ultro a domino recepto. Non obstat, quod quidam objiciunt, canonem solvi pro perceptis fructibus, pœnam infligi ob cessationem. Nam canonis solvendi hic principalis finis est, ut memoria domini conservetur, & ut nunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoscatur: quapropter non tam pro perceptis fructibus, quam in recognitionem domini solvitur. Longe alia ratio est coloni, a quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere potest, *l. colonus pen. ff. locat.*, quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & solvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum, quod amittat, in fundo habet, impensasque utiles, si quas fecit, recipit, *d. l. colonus*; nec locator eo expulso quicquam lucratur aut consequitur præter potestatem alteri rem locandi; quod sæpe etiam incommodum locatori affert. Aliud quoque juris est, cum utrumque debetur & res & pœna, ut in specie *l. 7. §. 1. ff. de cond. furt.*, & in emphyteusi ecclesiastica, *Nov. 120. cap. 8.*, item in specie *l. si quis major 41. C. de transact.*, & denique si pœna adjecta sit coercendo contemptui, ut in casu *l. si quis rem 30. ff. de recept. arbitr.*. Plane si Dominus canonem præteriti temporis accipiens protestetur se non alia lege eum accipere, quam ut salvum sibi maneat jus commissi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam protestatio conservat jus protestantis, *l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. solv.*, haud secus ac cum inter contrahentes ab initio actum est, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat, *l. pen. ff. de transact.*. Neque vero protestatio hæc novum jus Domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, sed jus expulsionis, quod ante habuit, ei conservat, cui protestationi si non contradicat emphyteuta,

ta, in eam consentire videtur, *cap. qui tacet ext. de reg. jur.* Quod si Dominus cum protestatione accipiat canonem futuri temporis, sive elapsum post tempus quo emphyteusis in commissum cecidit, nihil hæc protestatio Dominum juvabit: quoniam protestatio facta contraria nihil operatur, *l. 1. §. 1. ff. si ususfr. pet.*. Est autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorsus contrarius juri quæsito: hoc enim supponit non esse amplius emphyteutam, ille contra adhuc esse. Digna mihi visa fuit hæc quæstio, quæ paulo accuratius tractaretur, quam apud plerosque hæctenus tractata fuit.

C A P. IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

C Reditorum alii sunt chirographarii, id est, qui citra hypothecam personalem tantum actionem habent; alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & simplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter se concurrentes omnes pares sunt, etsi alii alios tempore præcedant, *l. 6. C. de bon. auct. jud.*. Quod si cum chirographariis simplicibus concurrant ejusdem generis creditores, sed privilegiarii, id est, privilegium personale exigendi habentes, hi illis potiores sunt. Inter ipsos autem privilegiarios ejusdem tituli, licet diversi temporis, nulla prælatio est, *l. privilegia 32. ff. de reb. auct. jud. poss.*. Hujus generis creditores sunt respublica, *l. penult. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poss. l. 2. C. de jur. reip. lib. 11.*; qui in navem extruendam vel instruendam, vel in rem emendam crediderunt, *l. qui in navem 26. l. quod quis navis 34. ff. d. tit. & c.* Inter ejusdem generis creditores numeratur & qui ob restitutionem ædificii collapsi pecuniam credidit, *l. si ventri 24. §. 1. ff. eod. l. creditor 25. ff. de reb. cred.*. Sed huic postea Senatusconsulto etiam pignus datum est, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.*, quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & futuram domus alioqui ruituræ, re ipsa enim restituit, qui efficit ne ruat. Unde quæsitum est, an non & ille jus taciti pi-

pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multum enim interest, utrum quis tantum habeat personale privilegium exigendi, an vero hypothecam sive pignus. Nam qui hypothecam habent, sive tacitam, sive expressam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent, *l. eos qui 9. C. qui pot. in pign.*; quam ob causam hi etiam fisco postponuntur, *d. l. quod quis navis ff. de reb. auct. jud. poss. junct. l. 1. & l. 2. C. in quibus caus. pign. tac. l. 2. C. de jur. fisc. l. si quis 28. ff. eod.*. Ego non invitus in eorum sententiam concedo, qui negant eum, qui in navem reficiendam credidit, jus tacitæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacitæ hypothecæ legibus nominatim constitutæ sunt: nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem instruendam credenti personale privilegium exigendi, *d. l. qui in navem 26. & d. l. quod quis 34. ff. de reb. auct. jud. poss.*: at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem constat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extruccionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum sit, sed ei tantum qui credidit in restitutionem, id est, reædificationem & instaurationem collapsæ, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.*. Sed & idem privilegium iisdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in causam pignoris non deducitur, nisi id expresse convenerit, *l. quamvis 17. C. de pign. l. 7. C. qui pot. in pign.*, & ita sæpe judicatum est, *decis. Cur. Holl. 35. Sande lib. 3. tit. 12. defin. 5. & 7. Ant. Fab. C. suo for. tit. qui pot. in pign. defin. 10.*. Fallitur igitur *Accursius*, & qui eum sequuntur, *Covar. 1. resol. 7. num. 3. Neguzant. part. 2. memb. 4. num. 162. cas. 16.*, aliique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectiorem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem salvam fecit, quam illius, qua refecta aut restituta est insula, sive ædificium. Nam si hoc verum est, etiam ille qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor consecutus est, ut eam rem habeat;

quod tamen falsum est, *d.l. quamvis C. de pignor.*. Nempe non temere, quod nominatim jure singulari tributum est ei, qui in restitutionem ædium pecuniam dedit, trahendum est ad quosvis, qui in cujuscumque rei refectioem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero 14. & l. seq. ff. de leg.*. Neque eadem profecto causa est ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis sarcendisque non modo utilitas aliqua publica versatur; sed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra sint & bene composita, non cassa & ruinosa, ne aspectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non necessarias demolitiones ædificiorum propriis augendis & factis tectis tuendis multa legibus cauta & constituta sunt. Nam & lex 12. tabularum de tigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne sub hoc prætextu ædificia diruantur, *l. 1. ff. de tign. junct.*; & senatusconsulto cautum, ne ea quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, nisi hætenus ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur, *l. cetera 41. §. 1., & 2. ff. de legat. 1.*; quorum nihil simile in navi aut ceteris rebus. Ac propterea omnino dicendum est, cessantibus & verbis senatusconsulti & sententia, pignus in aliis rebus non constitui, quæ refectæ nostra pecunia fuerunt, nisi de eo generaliter aut specialiter convenerit, extra causam creditæ in restitutionem aut refectioem ædium: ut ut navium quoque exercitium ad utilitatem reipublicæ pertineat, *l. 1. §. licet autem 20. ff. de exerc. act.*. Nam si ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectioem navis credidit, tacitum pignus habere; eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit: cum tamen, ut ante dictum est, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domus. Decepti fuere Accursius & alii, qui contra sentiunt, duobus locis Ulpiani, in quibus legunt, eum qui in rem conservandam pecuniam credidit, ceteris creditoribus esse potioem, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo qui ad armandam vel reficiendam navem credidit; adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia salvam fecit totius pignoris causam,

l. interdum 5. & l. seq. ff. qui pot. in pign.: quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conservandam impenderunt. Jam vero, qui in navem reficiendam credidit, non potest potior in pignore ceteris haberi, nisi illi quoque navis obligata sit. Sed male, inquam, hinc Accursius colligit, eum qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, sive pignus legale, constitutum lege sine conventionione. Neque enim aut locis istis, aut toto illo titulo, cui subjecta sunt, tractatur, quomodo pignus constituatur, navis aut res alia pignori obligetur: sed quæritur, quis ex iis, quibus diversis temporibus eadem res obligata est, in pignore sit potior: & illud dicitur, eum qui in navem (intellige sibi obligatam, quod fit aperta conventionione) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis posterior crediderit, ceteris in pignore esse potiorem: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti si quis in merces sibi obligatas, ut salvæ fiant, aut in cibaria nautarum, siue quibus navis salva pervenire non poterat, &c. crediderit, *l. 6. d. tit. per tot.*. Itaque nec ratio, quam affert J. C. in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore, sed ex hypothese pignoris conventionione constituti concludit pro jure prælationis. Et sic ob eandem rationem is, cujus pecunia prædium comparatum est, licet posterior sit, ceteris creditoribus hypothecariis præfertur: sed non aliter, quam si id prædium ei obligatum sit, quod non fit nisi expressa conventionione, *l. quamvis 17. C. de pignor. l. licet 7. C. qui pot. in pign.*. Eodem modo respondendum est ad *Nov. 97. c. 3.*. Nam nec illic Justinianus quicquam definit aut constituit de tacito pignore, sed relatis diversis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, sed alii expressam, quales sunt, quorum pecunia navis, aliave res fabricata, reparata, aut comparata est, ea lege, ut pignori esset, *d. l. licet C. qui pot. in pign. d. l. quamvis 17. C. de pign.*, alii tacitam, ut mulier in causa dotis, tractat de jure prælationis, sancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo servetur; & is nimirum ceteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, sive expressam, sive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, *privilegiatus adversus privilegium*

privilegium non utitur privilegio suo, Nov. 91. cap. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab. . Atque hæc Neotericorum communis sententia est, Donell. de pign. cap. 5. Bronchorst. cent. 2. assert. 77. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 18. Perez. in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac. num. 13. Bachov. lib. 4. de pign. cap. 9. & 14., a quibus male dissentit Costalius ad l. 5. ff. qui pot. in pign.

C A P. V.

*An hypotheca constituta in rebus, per beneficium
l. 2. C. de resc. vend. avocatis,
extinguatur?*

Species hæc esto: Titius cum fundum a Sejo centum aureis emisset, eundem fundum sibi traditum pignori obligavit Sempronio. Sejus venditor postea, causatus se ultra dimidium justii pretii læsum esse, sive se eum fundum duplo minore pretio, quam tempore contractus valebat, vendidisse, remedio l. 2. C. de resc. vend. fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emtore in eo fundo Sempronio constitutum resolvatur? Bartolus constanter negat resolvi in l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv., & alibi. Baldus contra affirmat in d. l. 2. num. 17. quæst. 13. . Bartoli sententiam amplectuntur Cuman. Roman. Fulgos. Alexand. & alii citati a Pinello in d. l. 2. p. d. 2. cap. 3. num. 11. Boer. decis. 181. n. 10., ubi & communem hanc esse sententiam testatur. Baldum vero secuti sunt Castr. Salic. Cagnol. Pinell. d. loc. . alique plures ibidem relati, Negus. de pign. membr. 1. part. 5. num. 43. Mantica. lib. 11. de tac. & ambig. conv. tit. 31. num. 69. . Elegans sane quæstio & digna diligenti inquisitione! Nos hic pro Bartolo adversus Baldum stabimus, non disputandi tantum aut ingenii ostentandi gratia; sed quia veram esse sententiam Bartoli omnino persuasum habemus. Neque tamen in hanc sententiam nos traxit Bartoli ratio, quasi, cum emtor quod deest justo pretio supplendo, restitutionem rei evitare potuerit, d. l. 2. C. de resc. vend., alienatio ista & rei in venditorem

ditorem translatio non sit necessaria, sed potius pro voluntaria habenda: quo casu res cum suo onere & cum sua causa transeat, *l. 3. & l. seq. ff. quib. mod. pign. solv.* Nam si hujus controversiæ decisio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an necessaria censenda sit, in partes Baldi transirem; neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præstandum iudicio conveniri & urgeri possumus, tametsi alterius rei præstatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promisit, si tantum tempus præterierit, intra quod fieri poterat, quod promisit, in id solum conveniri potest, & id solum obligatione contineri incipit, quod stipulatoris interest factum esse, quod promissum erat, *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. ff. de verb. oblig. l. 13. §. 1. ff. de re jud.*, ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare, quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. insulam l. si servum 91. §. 3. ff. de verb. oblig.* Cum autem alterutrum præstare necesse sit, non potest promissor præstando quod stipulatoris interest, dici id fecisse *ἐξασίως*, & volenti animo; non magis, quam si quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum solvat, dici potest sponte & *αὐτομάτως* solvisse, aut dominus noxali iudicio conventus, si litis æstimationem præstare maluit, quam servum noxæ dedere: quod & *Pinellus* contra *Bartolum* bene observavit. Ceterum etsi nos rationem *Bartoli* improbamus, non tamen cum *Pinello Baldum* secuto improbamus *Bartoli* sententiam; sed alia ratione, eaque vera & solida, eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte constitutum, restitutione post secuta, citra injuriam ei auferri non potest, constitutum, inquam, creditori, ut in specie proposita, ab eo qui plenum rei dominium habet, qui rem a domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutive, denique ab eo cujus jus a nemine alio dependebat. Quid enim si primus emptor rem alteri vendidisset & tradidisset? Utique hunc effecisset dominum, neque primo venditori adversus hunc ulla competeret actio: qui autem potest sic, ut dixi, rem alienare, potest etiam, nec minus efficaciter, eam oppignerare, *arg. l. non debet 21. ff. de reg. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi,

ratio etiam efficit, ut debitore servum, quem emit & oppignora-
 ravit, redhibente, pignus non solvatur, *l. 4. ff. quib. mod. pign.
 vel hyp. solv. l. bovem 43. §. pignus 8. ff. de edil. edict.*; neque
 etiam eo casu solvatur, quo res distracta est ea lege, ut si di-
 splicuisset emtori, eam reddere liceret, *l. 3. in fin. ff. eod. tit.*;
 non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio sit
 voluntaria: quanquam illud etiam verum est, non posse jus
 alicui semel quæsitum voluntate ejus, per quem illud quæsi-
 tum est, illi auferri, *l. ult. ff. de pact. l. 1. §. si rem 25. ff. de pos.
 l. qui balneum 9. pr. l. potior 11. pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta sunt, manifestum est, proposi-
 tionem illam Baldi ex *l. lex vectigali 31. ff. de pignor.*, quod
 resolutio jure dantis resolvatur & jus accipientis, perpetuam
 non esse: & alioqui nulla non alienatione rei necesse esset pi-
 gnus finire. Procedit ista propositio sive regula. I. Ubi res ab
 eo pignorata est, qui plenum in ea re jus non habet, sed alius
 est qui in eadem re jus habet potentius, rei que ipsius proprie-
 tatem, & ad quem jus illud a proprietate separatum, quod al-
 ter habet, certis casibus & certis ex causis pervenire potest,
 sive istud jus sit affine dominio, quale est emphyteuticum
 & superficiarium, quod Pragmatici utile dominium vocant;
 sive servitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur si
 emphyteuta emphyteusim, aut superficiarius superficiem op-
 pigneraverit, jure eorum sublato, puta quod alter in solutio-
 ne canonis cessaverit, alter in solvendo solarario, evanescet
 & pignus, *l. lex vectigali 31. ff. de pignor. l. etiam superficies
 15. ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo
 casu tributum est, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ra-
 tione & fortiore, si fructuarius usumfructum pignori dederit
 (potest enim hoc facere, *l. 9. §. 1. l. si is 11. §. 2. ff. de pignor.*)
 finito usufructu & ad proprietatem reverso, dicendum est jus
 pignoris simul expirasse. II. Certo jure regula superior pro-
 cedit, quando heres eam rem pignori dedit, quæ legato aut
 fideicommissio conditionalis est obnoxia, & conditio extiterit,
l. 3. §. fin autem 3. C. comm. de legat. l. grege 13. §. 1. ff. de pign.
 quod & in reliquo jure medio tempore constituto obtinet,
 puta servitute, usufructu, *l. is cui 11. §. 1. ff. quemadm. serv. am.*
 l. si

l. si sub. 16. ff. quib. mod. ususfr. am. Item cum creditor pignus, quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam debebat, solvit: hic enim & jus secundi creditoris merito placet extinguere, *l. debitor 40. §. ult. ff. de pignor. act. l. 1. & l. 2. C. si pign. pign. dat.* III. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem est initus, sed sub conditione resolutive, ut fit in terminis factæ venditionis sub lege commissoria, aut in diem additione: itaque & hic si emtor medio tempore rem sibi traditam pignori obligaverit, & sua die pecuniam non solverit, aut alius intra diem præstitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque solvitur, *l. 3. in pr. ff. quib. mod. pign. solv. l. 4. §. 3. ff. de in diem addic. .* Nam sicut conditio suspensiva existens retro ponit, quasi ab initio pure contractum esset, ita conditio resolutive retro tollit, quasi ab initio nihil actum esset. Et quod notandum est, hoc casu citra ullum factum emtoris vi pactionis, cui hanc potestatem lex dedit, ipso jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare potest a quocunque possessore, *l. 4. C. de pact. int. emt. & vend. l. ult. vers. quasitum, ff. de leg. commiss. :* non utique tanquam rursus ei acquisitam, sed quasi nunquam emtoris factam. At non procedit ista regula, quando res vendita & tradita est ex contractu nulla conditione resolutive modificato, ut in casu quem proponit *Ulpianus* & auctoritate *Marcelli* decidit in *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. solv.*, nempe si res distracta sit ea lege, ut si displicuisset emtori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emtore constitutum non fini-ri. Nam ista conditio minime resolutive est, aut resolutive vim habet, ut ea existente ipso jure resolvatur, & retro annulletur contractus: sed firma manente ipso jure venditione, si emtor legem contractus exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex emto, aut proxima emti in factum præscriptis verbis, *l. 6. ff. de resc. vend.* Multo minus ergo locus esse poterit superiori regulæ in casu, quem proposuimus, ubi pure & sine ulla conditione, qua existente aut resolvatur contractus, aut ad eum dissolvendum agere liceat, venditio facta est, & pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri

conditionem venditori, si rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hic est venditori remedium ab *Ulpiano & Paulo* propositum in *l. reddibere 21. §. 1. & l. bovem 43. §. pignus 8. ff. de edil. edict.*, nempe ut petat rem liberam restitui, aut eo nomine sibi ab emtore caveri: quorum neutrum si præstet emtor, pretium præcise supplere tenebitur, amissa eligendi facultate, ut bene disputat *Bachovius lib. 5. de pignor. cap. 13.* Ex his porro facile colligi potest, quid dicendum sit, si res vendita cum pacto retrovendendi ab emtore pignori obligata sit, & venditor postea oblato pretio præscriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides servetur, & res sibi restituatur ex *l. 2. C. de pact. int. emt. & vend.*, nimirum pignus non solvi, contra *Negusantium d. p. 5. memb. 1. num. 44.* Idem dicendum est, si donatarius rem sibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata sit donatio: quamquam id negent *Pinellus ubi supra num. 19. & Anton. Faber dec. 23. err. 4.*, qui contendunt hoc casu pignus solvi. *Pinellus* hac ratione, quia donatarius invitus rem restituere tenetur: quæ ratio quam infirma sit, superiora satis ostendunt. *Faber*, quia donatio resolvitur ipso jure: quæ quidem ratio bona esset, si esset vera. Sed magis est, ut falsa sit. I. Quia personalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur, *l. his solis 7. vers. actionem vero matris C. de revoc. donat.* II. Quia actio illa revocatoria non transit ad heredem, *l. 1. d. l. 7. l. ult. C. eod.* III. Quia exigitur mutatio voluntatis, *d. l. 1. & d. l. ult. vers. ex his. IV. arg. l. 11. ff. de reg. jur. l. traditionibus 20. C. de pact.*; nec potest ullus dari textus, quo probeatur ipso jure hic donationem resolvi. Nam quod in *d. l. 7. C. de revoc. donat.* dicitur, actionem qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita personalem esse, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi; non hoc significat eam actionem in rem esse, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in personam dari potest, quæ actionis tantum in rem habeat effectum: sed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam solummodo persequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adversus ingratos

ad revocandam donationem datur, solis dari ipsis donatoribus, non etiam heredibus eorum, quoniam scilicet effectum tantum habet vindicationis, id est, vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc similis sit, quam constat heredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.*. Vindicare enim proprie est ulcisci, & vindicare injuriam sibi factam in *l. 2. §. Item si 5. in fin. ff. de judic. l. deferre 18. §. sed communem 7. ff. de jur. fisc.* significat exequi & crimen persequi: adde *Cujac. lib. 4. obs. cap. 19. Bachov. lib. 5. de pign. cap. 13.*

C A P. VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præscribatur longissimo tempore, seu triginta aut quadraginta annis?

Creditor, qui in securitatem crediti pignus accepit, soluto debito illud restituere debet, atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia, *tit. ff. & C. de pign. act.*; quæ actio toto genere differt ab ea, quæ hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque pignoris possessorem, §. *item Serviana 7. Inst. de act. l. pignoris 17. ff. de pignor.*. 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 prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam, quæ alias Serviana aut quasi Serviana, etiam pigneratitiam appellant, *l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. naturaliter 13. ff. de cond. ind. l. rem alienam 41. ff. de pign. act. l. si Titio 22. ff. de pignor.*, quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pigneratitia efficaciter experiri nequeat, nisi toto debito exsoluto, quæsitum est, an jus illud, quod debitor habet, offerendi scilicet pecuniam & pignus luendi, præscriptione 30. aut 40. annorum tollatur. Negant *Rogius*

gerius in dial. tract. de præscript. Gail. 2. obs. 18. Mynsing. 1. obs. 16. & DD., si fides Gailio, communiter. Affirmant Glos. in l. 13. ff. de usuc. Costalius ad l. mulier 19. ff. qui pot. in pign. Bachov. 5. de pign. cap. 20. Negusant. par. 6. m. 2. num. 19., quorum posteriorum sententia meo iudicio probabilior est, eamque & communem esse ait Negusantius. Negantium sententia, seu affirmantium, posse pignus perpetuo lui etiam post 30. annos, defenditur hisce fere rationibus. I. Quia solvere debitum, vel non solvere, si creditor non urgeat, est meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla est præscriptio, l. 2. ff. de via pub., & sibi imputare debet creditor, si debitore cessante solvere, ipse eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris processerit, aut non reperto emtore jus domini impetraverit, juxta l. 3. C. de jur. dom. impetr.. II. Quia præscriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata est, l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. annor. l. 1. §. ult. C. de anal. except.. At actio pigneratitia demum post solutionem aut oblationem & depositionem pecuniæ nascitur, l. si rem 9. §. 3. & seq. ff. de pignor. act.; ac proinde ex eo demum tempore quo pecunia oblata aut soluta est, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præscriptio. III. Quod cum possessio creditoris ad usucapionem profit debitori, l. qui pignori 36. ff. de acq. poss. l. servi 16. ff. de usuc., absurdum sit dicere præscriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obstare, quo minus cum creditore actione pigneratitia experiatur, ut disputat Cujacius ad l. pignori 13. ff. de usuc.. Atque hæc sunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præscriptione tolli. Ceterum quo minus huic sententiæ subscribam, impediunt illæ constitutiones, quæ diserte volunt, omnem actionem & omne jus, sive privatum, sive publicum, 30. & ad summum 40. annorum spatium excludi, l. 3. l. 4. C. de præscr. 30. annor. l. 1. §. 1. C. de anal. except.. Tale autem utique jus est etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adversus debitorem & adversus tertium extraneum possessorem pignoris, item jus primi creditoris adversus secundum, atque ex contrario jus secundi adversus primum longissimi temporis præscriptione tollatur

nunc 30., nunc 40. annorum, *l. notissimi 7. pr. & §. 2. & 3. C. de pr. 30. annor.*, non video cur non etiam tanti temporis præscriptione tolli possit jus luendi pignoris. Falsum enim est, quod pro vero supponitur a contrariæ sententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris esse meræ facultatis eo significatu, quo rerum meræ facultatis negatur esse præscriptio. Descendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in iudicium deducere potest: alioqui omnis actio & persecutio res meræ facultatis dicenda esset. Sed illud meræ facultatis esse dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujusque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale est facultas eundi per viam publicam: quæ facultas nec solo non usu amittitur, nec prohibitione aliena. Possum quolibet cænaculo aut conclavi ædium mearum libere uti, nec si aliquo eorum longissimo tempore usus non sum, jure meo excludor. Non tamen eo sensu, quo dixi, illud jus meum res est meræ facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præscriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam alte, quam velit, nullo statuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per 30. annos non ædificaverit, non ideo tamen jus illud altius tollendi amittit. Estne ergo id jus meræ facultatis? Minime: nam si te altius ædificantem prohibuero, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per spatium præscriptioni statutum, procedet contra te præscriptio servitutis. In rebus autem, quæ proprie dicuntur esse meræ facultatis, prohibitio nihil efficit, *l. 2. ff. de via publ.* Male igitur hæc omnia a plerisque conjunguntur, & tanquam paria habentur, quasi idem omnium esset effectus. Enimvero jus agendi de facto, ut loquuntur, seu ipsum agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis est, eique nunquam præscribi potest: sed jus agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, meræ facultatis non est, & præscriptione tolli potest, quale est jus luendi pignoris debitori ex contractu quæsitum. Sic si res aliqua venierit cum pacto de revendendo sine ulla temporis determinatione, puta ut fas sit venditori, quandocumque sibi libuerit, redimere, non nisi intra 30. annos redimere poterit, quia

actio personalis, quæ ex hac conventionem nascitur, *l.2. C.de pact.int.emt.*, tanto tempore tollitur, *l.3. C.de præsc.30.annor.*; neque clausulæ, *semper, quandocunque*, extendi debent ultra terminos jure publico præscriptos actionum durationi. Nec verum est, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere potest rem venditam sibi restitui, sit meræ facultatis non enim in absoluta facti potestate posita est, sed jure obligationis consistit, estque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut recte *Bronchorst.cent.27.assert.62.*, qui tamen non idem admittit in casu, quem hic tractamus principaliter, *cent.4.assert.4.*, quod mirum est. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipsa nititur falsa hypothese, nempe actionem pignoratitiam tum demum nasci, cum pecunia debita soluta aut oblata est: nam actio pignoratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id est, statim nascitur atque re contracta est obligatio, seu pignus creditori traditum, *l.1. §.creditor 6.ff.de oblig. & act.§.ult.Inst. quib.mod.re cont.oblig.* Nec obstat quod dicitur in *l.9. §.3.ff.de pign.act.*, pecuniam exsolutam esse debere, ut nascatur pignoratitia actio: nam id accipiendum est de effectu & actu secundo, quia soluta demum pecunia efficaciter intentari potest. At respectu actus primi statim, ut dixi, nascitur, nec aliud est, quam jus luendi pignoris. Sic etsi obligatio & actio emti nascitur quoad actum primum simulatque de pretio convenit, *Inst.de emt. & vend.in pr. & §.3.*, nisi tamen emtor pretium offerat, cum effectu agere non potest, *l.Julianus 13. §.offerri 8.ff.act.emt.*. An igitur non curret præscriptio longissimi temporis adversus actionem ex emto, nisi ex eo tempore, quo pretium oblatum est? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum est, quod non valenti agere propter impedimentum juris non curret præscriptio, veluti si obligatio diem habeat, *l.7. §.4. C.de præsc. 30.annor.*, & in specie *l.1. §.ult. C.de annal.except.*, ubi agitur de filiofam., cui ideo durante patria potestate præscriptio non currit, quia nec agere ea durante potest, quod est impedimentum juris. At debitori nullum obstat impedimentum juris, quo minus agat, sed facti duxtaxat, puta quod non

habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii est, contrariam sententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus, creditorem post 30. annos defendi jure aliquo acquisitionis aut propter usucapionem, sed solo tempore seu communi exceptione temporis, quo ex lege Theodosii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus: sed sicut in actionibus temporalibus anni vel biennii, veluti injuriarum & doli, frustra de bona fide quæritur; ita & in hoc casu post 20. annos: alias nec actio commodati aut depositi tanto tempore finiretur. Itaque frustra est *Bronchorst. cent. 4. assert. 4.*, dum objicit *l. nullo 24. C. de rei vind. l. un. C. de usuc. transf. l. 1. C. comm. de usuc.*; quippe quibus locis agitur de usucapione aut longi temporis præscriptione, modis acquirendi dominii, aut juris alicujus dominio proximi, qui sine justo titulo & bona fide veraque possessione non procedunt. At nos agimus de actionis personalis præscriptione, quam sola parit negligentia non petentis & lapsus temporis. Sic etsi precario possidenti nec longissimo tempore acquiritur proprietas, *l. 2. C. de pr. 20. annor.*; interdictum tamen & actio personalis 30. aut 40. annis finitur, *l. 3. & l. 4. C. eod. tit.*. Minus obstant *l. 10. & l. ult. C. de pign. act.*, imo magis obstant contrariæ sententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Impp. de actione pignoratitia jam nata & cum effectu competente, solutione scilicet jam facta, aut oblata consignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cum tamen nemo sit, qui neget, eam tolli tempore longissimo.

C A P. VII.

An ἀντίχρησις sit species pignoris, & an aliqua sit anticbresis tacita?

Quæstio hæc non est vulgaris, & digna quæ diligentissime excutiatur, propterea quod Interpretes nostri non intellexerunt, quid sit ἀντίχρησις, & falso sibi persuaserunt esse aliquam ἀντίχρησιν tacitam: quod primus observavit *Claudius Salmasius* ὁ πρῶτος lib. de mod. usur.

cap. 14. Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam quæ ab Interpretibus circa hanc rem tradita sunt, deinde quatenus a vero aberraverint, ostendam. Interpretibus omnibus antichresis est species pignoris, cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem usurarum, donec debitor pecuniam solvat, *arg. l. 11. §. 1. ff. de pign. l. si pecuniam 33. ff. de pign. act.* Alias si tale pactum non intercesserit, constat non licere creditori pignore uti, §. 6. *Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.*: nec fructus eum lucrari, sed in fortem eos imputare debere, ita ut fortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignerata fructuum percepit, tantum ei in solutione fortis decedat, atque detrahatur, *l. 3. l. 12. C. de pign. act. l. 1. C. de distract. pign.* Atque hæc iis est antichresis expressa, quæ valeat, etsi perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat, propter incertum fructuum eventum, *l. si ea lege 17. C. de usur.*; quanquam domum hoc casu creditor ipse inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum usuræ mercedis nomine accepit, in fortem imputare, *l. si ea 14. C. eod. tit.* Est & Interpretibus nostris tacita quædam antichresis, quando scilicet nihil de usuris, nihil etiam de fructibus usurarum vice percipiendis dictum est; sed pecunia gratuita, id est, sine ulla usurarum expressa mentione credita est, & res talis pignori data, quæ fructus ferat, quasi ipsa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud convenisse tacite intelligatur, ut fructus loco usurarum & compensationis cujusdam vice, retinere creditori liceat: si enim debitor eo animo nolisset tradere pignus fructuum ferax, protestari eum debuisse ajunt, nolle se ex pignoris sui fructibus quicquam sibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντίχρησεως non efficere, ut legitimus usurarum modus excedatur. Rationem hanc esse, quia cum creditor usuras stipulatus non sit, sed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere concessit, contentus esse debet, cum sibi nulla conventionem prospexerit, & totum hoc, quantumcunque percipit, ex debitoris humanitate percipiat, *l. cum debitor 8. ff. in quibus causis pign. tac. cont.*

Sed non unus Interpretum hic error est . I. Quod crediderunt ἀντίχρησις nihil aliud esse, quam contrarium usum, cum ea voce significetur contrarium mutuum: quippe χρῆσις Græcis non solum est usus, ἀπό τῆ χρῆσαι, sed etiam mutuum, ἀπό τῆ κρῆσαι, quod est a κράω, seu κίρημι, commodo, do mutuum, utendum do δαρίζω, unde, χρηστὴς creditor. Hinc ergo & ἀντίχρησις contrarium mutuum. *Marcianus* in *l. si pecuniam 33. ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντίχρησθέντι accepit, uti & κρῆσις ipsum mutuum est, & res quæ mutuo datur. Idem *Marcianus* in *l. 11. §. 1. ff. de pign.* ita scribit: *Si ἀντίχρησις facta sit, &c.* Hic sane antichresis non potest accipi pro mutuo usu. Quid enim esset mutuum usum facere? At mutuum facit, qui mutuum dat. Ergo antichresin facit, qui dat e contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut pensionibus creditor compensationem usurarum percipiat. Ceterum improprie ἀντίχρησις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum usus in abusu consistit, locum habet, quanquam Latini etiam verbo mutuari utuntur in aliis rebus atque etiam in his, quæ solo continentur, cum ad usum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore: *Domum mutuatur & auditorium extruit, & subsellia conducit*: ut & commodare pro mutuo dare. *Cicero Verrin. 5. Commodasti tritici modios sexaginta. Caper* vetustissimus Grammaticus, *Commoda, χρῆσις.*

II. Quod crediderunt in pura antichresi creditorem habere jus pignoris. Nam si jus pignoris creditor in antichresi sive contrario mutuo haberet, utique possessione ἀντίχρησεως amissa, eam repetere posset actione hypothecaria. At in *l. 11. §. 1. ff. de pign.* non hypothecaria, sed in factum actione isto casu agi solere scribit Jurisconsultus. Et hoc tantum ait, creditorem pignoris loco retinere possessionem, donec ei pecunia solvatur: quod & *Cujacio* suboluit *lib. 3. obs. cap. 35. in fin.*, quanquam putat tentari posse hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, nisi *Marciani* in *l. si pecuniam 33. ff. de pign. act.*, ubi τροπικῶς Jurisconsultus ἀντίχρησιν appellat pignus ἀντίχρηστικόν, sive fundum cum pacto ἀντίχρησεως oppigneratum. Non obstat / *Cajus Sejus*

jus 39. ff. de pign. act.; nam in specie, quæ illic proponitur, pignus revera non intervenit, nec ab initio vera antichresis fuit; sed postea pactum intercessit, ut creditor pignus suum, hoc est, fundum debitoris, in compensationem pecuniæ ad certum tempus possideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichresis non est pactum in pignore, cum nec ipsa pignus sit, sed contrarium mutuum. V. C. das mihi pecuniam mutuam sub conditione, ut accipias fundum in antichresin, cujus fructus percipias pro præstatione usurarum, quas a me legitimas stipulari potes. In hac χρήσει & ἀντιχρήσει, nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis exhibet *l. si ea pactione* 14. C. de usur. & *d. l. 11. §. 1. ff. de pign.* At in *l. si ea lege* 17. C. de usur., ut verba ipsa ostendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσει sed de pignore ἀντιχρηστικῶ, sive cum pacto, ἀντιχρήσεως.

III. Errant, quod putant esse aliquam tacitam antichresin. Nam nulla potest esse tacita antichresis, quæ quidem vera sit. Quemadmodum enim nulla κρήσις est tacita, ita nec ulla vera ἀντιχρησις, sed oportet conventionem id actum esse. Si aliqua tacita est antichresis secundum DD., ut creditor fructus ex re pignerata sine conventionem expressa percipere, & in usuras imputare queat, quoniam casu procedet illud, quod tot locis simpliciter traditum est, creditorem fructus ex re sibi pignerata perceptos in fortem imputare debere? *l. 1. l. 2. l. 3. l. ult. C. de pign. act. l. 1. C. de distr. pign.*: an eo solo, quo protestatus est debitor se nolle pignoris sui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde absurdum, ne dicam ineptum est. Neque enim ex pignoris conventionem conventio tacita super usuris facta intelligi potest; quoniam pignoris finis est, ut creditori cautum sit de sorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro usuris, & ita circumveniatur miser debitor, & dum se gratuitam pecuniam putat accepisse, gravissimis usuris subjiciatur, id est, centesimis. Non adversatur *l. 11. C. de usur.*, nam locus iste intelligendus est de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum .s. convenit, ut in vicem usurarum creditor fru-

ctus

Etus perciperet; & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ, antichresi dissolvi, & pignus ἀντιπρῆσιθικόν mutari in simplex. Frustra autem putant DD. nostri, sententiam suam de tacita antichresi confirmari *l. 3. ff. in quib. caus. pign. tac.*. Thema hujus legis est: Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Etsi de usuris nihil convenit, potest tamen Titius, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & Sejus debitor interpellatus moram solutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ usuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam sunt legitimæ usuræ, fructus percipere non potest, ut in vera antichresi, quia tale nihil convenit. Tantum id servare potest, quod ipsius interest pecunia sua alium se invito non uti. In antichresi non potest mutuum repetere creditor, quamdiu possessionem ἀντιπρῆσεως retinet. Aliud vero est in gratuita pecunia, quæ ut plurimum arbitrio creditoris repeti solet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici potest. Nam de eo conventio expresse facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe nisi ex pignore tradito non potuisset creditor retinere fructus nomine usurarum. Ceterum cum fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari possint, *l. 1. §. 2. ff. de pign.*, & cum pro usuris pignora quoque accipi jus sit, *l. grege 13. §. ult. ff. eod.*, tacito velut pignore fructus rei pigneratæ potest creditor in compensationem usurarum retinere, etiamsi ex pacto non debeantur. Nec tamen potest ultra legitimas, quia vel hoc ipsum, *usque ad legitimas*, in usuris quæ pactæ non sunt, si æquum visum est, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora usuræ debentur & peti possunt, ita in gratuita pecuniæ mutuo, si moram fecerit debitor, usuras de quibus non convenit, creditor per retentionem servare potest ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum usuræ exigere non possint in strictis judiciis nisi in stipulationem deductæ, possunt tamen per retentionem pignoris servari, *l. 3. l. 4. C. de usur.*: non dissimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ posse usuras, de quibus præstandis nihil convenit, servari atque ad modum legitimum compensari,

fari, licet exigi non possint, velle videtur *Paulus in d.l.8. ff. in quib. caus. pign. tac.*. Illud dissimile est, quod in *d.l.4. C. de usur.* faltem pacto de usuris convenerat; sed tunc usuræ per retentionem pignoris servari possunt etiam ubi mora non intervenit. *Hotomannus lib.4. obs. cap.4.* contendit apud *Paulum in d.l.8. ff. quib. in caus. pign. tac.* deesse negationem, & Jurisconsultum ita scripsisse, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* Quod & *Salmasius* magis probat, quasi *Paulus*, cum sic loquitur, rationem afferat cur de fructibus rei pigneratæ usuras retinere creditor possit, quia scilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & usuras pactas non solvebat. Quod si ponamus usuras non esse pactas, aut pactas a debitore solvi, procedere debere dispositionem *l.1. l.2. l.3. C. de pign. act. l.1. C. de distr. pign.*; nec obstare, quod supra aliquoties dictum est, antichresin liberam esse legibus, quæ certum modum usuris posuerunt, *l.14. l. si ea lege 17. de usur.*. Illud enim verum quidem esse in pura putaque antichresi, aut etiam in pignore ἀντιχρησι δίκῳ, cum hoc ab initio actum fuit, ut pro usuris pecuniæ creditæ fructus fundi in antichresin traditi cederent lucro creditoris, ut in *d.l.14. & l.17.*. At hic quæstionem esse de usuris, quibus solvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compensationem usurarum percipiendis nihil dictum est. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati circa pactum ἀντιχρησεως, debitore non solvente, usuras retinere posse dicatur creditor, non posse eum excedere legitimas usuras, quæ solæ ipsi debentur. Quod superfuerit ex fructibus forti imputandum esse. Ita *Salmasius lib. de mod. usurar. cap.14.*, cui prope est ut assentiar.

C A P. VIII.

An & quando evictioni sit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

E Vincere est rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emtione. Nam cum venditor non solum rem emtori tradere teneatur, sed etiam emtori præstare,

stare, rem habere, tenere & usucapere licere, *l. 11. §. 2. l. servus 30. §. ult. ff. de act. emt.*; ideo si res evincatur, merito emptori evictionem præstat: quæ præstatio pars est obligationis emti & venditi, *l. in vendendo 66. ff. de contr. emt. l. 6. C. de evict.*. Ceterum & in aliis quoque contractibus evictio præstatur, ut in permutatione & in solutum datione. De permutatione est *textus in l. si permutationis 29. C. de evict.*. Ratio est, quia permutatio emtioni fere est similis, *l. 1. ff. de rer. permut.*. Illa tamen differentia est, quod de re emta evicta datur actio ex emto, *d. l. 6. C. de evict.*, at de re permutata evicta datur actio præscriptis verbis, *l. 5. §. 1. ff. de præscr. verb.*. Datio quoque in solutum venditioni comparatur, *l. 4. C. de evict. l. eleganter 24. pr. ff. de pign. act. l. 4. §. auctoris 31. ff. de dol. mal. except.*; & ideo placuit etiam in datione in solutum evictionem præstari, *d. l. 4. C. de evict.*; atque ei, cui res in solutum data evincitur, utilem ex emto actionem de evictione dari, *d. l. 24. pr. de pign. act. d. l. 4. C. de evict.*, de quo tamen vide *Cujaciana lib. 19. obs. 38.*. Sed & in judicio familiæ erciscundæ, quoniam rerum hereditariarum inter coheredes divisio quasi quædam venditio est, *l. 1. C. comm. utriusq. judic.*, æquum visum est eos inter se evictionis periculum præstare, *l. heredes 25. §. item curare 21. ff. fam. ercisc. l. si familiæ 14. C. eod.*. Et idem quoque obtinet in judicio communi dividundo, *d. l. 1. C. comm. utriusq. judic.*. Excipiuntur tamen nonnulli casus, quos hic recensere præter institutum esset, *vid. l. cum pater 77. §. evictis 8. ff. de legat. 2. l. 7. & ibi Bart. & DD. C. comm. utriusq. judic. d. l. 14. C. famil. ercisc. l. si fundum 27. C. de evict.*

Sed quid in hereditate vendita? Multum interest, utrum certæ quædam res hereditariæ veneant, an ipsa hereditas. Priore casu venditor tenetur ex emto, ut eas res suo sumtu & periculo persequatur, & vacuam earum possessionem emptori tradat, *arg. l. 2. §. 1. l. 3. pr. ff. de act. emt. arg. l. 3. junct. auth. nunc si C. de litigios.* Item tenetur venditor, ut in singulis rebus hereditariis venditis præstet evictionem; quia quot sunt res, tot sunt evictiones aut evictionum causæ, *l. 1. C. de evict.*. Posteriore autem casu, si hereditas veneat, non tenetur ven-

ditor ullam rem hereditariam emptori tradere, nisi quam habet in sua potestate. Et rursus non tenetur in singulis rebus hereditariis præstare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentiæ est, quia hereditas nomen juris est, & qui hereditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hereditate continentur, sed jus successionis, quod est incorporale; atque hoc jus esse, id est, esse hereditatem, & se heredem esse, dolumque malum præstare tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea quæ ad ipsum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad se pervenirent: ita cape *textum* in *l. qui filii fam. 14. §. 1. ff. de her. vel act. vend.*. Ceteras autem res hereditarias, quæ ad heredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hereditatis tradere, sed liberatur præstando & cedendo emptori earum rerum persecutiones, *l. 2. §. 3. ff. eod. tit.*. Emptor autem eas suo sumtu & periculo persequitur, *l. 1. C. de evict.*. Et rursus si evincantur emptori, quæ traditæ illi sunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur, neque ab initio de evictione cavere sive repromittere cogitur, *d. l. 1. C. de evict.*, ubi excipitur, nisi nominatim convenierit, ut evictio rerum singularum præstetur, *Donellus* post alios in *d. l. 1.*. Ratio est, quia si res, quæ evicta est, non fuerit hereditaria, nec venit; non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor, *l. 2. pr. ff. de hered. vel act. vend.*. Si autem fuit hereditaria, & per injuriam judicis evicta est, non tenetur venditor; quia injuria, quæ condemnato facta est, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet, *l. si per imprudentiam § 1. pr. ff. de evict. l. 15. C. eod. l. exceptione 67. ff. de fidejuss.*

Quod de hereditate vendita dictum est, id etiam obtinet, si quodlibet aliud jus veneat, non corpus; veluti si veneat peculium servi, quod est nomen juris, non corporis: item si veneat nomen debitoris, quod etiam juris est, ut syngrapha seu cautio. Etenim venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid vel feratur ex peculio aut nomine seu actione vendita, *l. 5. ff. de evict. l. 4. ff. de hered. vend.*. Et est *textus* optimus in *l. si plus 74. §. ult. de evict.*. Unde nec benefici-
cium

cium *l. 2. C. de resc. vend.* locum habere in hereditate vel actione vendita recte statuunt juris Interpretes. Una hic exceptio est, nisi nominatim convenerit, quid quantumve in hereditate vel actione vendita contineatur, atque ut id se præstiturum, ut obtineri possit, emptori venditor promiserit, *l. 1. C. de evict. l. nisi 15. ff. de hered. vend. l. 5. l. si plus 74. pr. ff. de evict.* Quod si hereditatem vel actionem sibi non competentem vendidit, nullum dubium est, quin hoc casu evictionem præstare debeat, per jura allegata.

Quid vero in donatione? Donatio emtioni plane dissimilis est, cum sit ex causa lucrativa. Itaque si quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta est, non tenetur donator de evictione, etiamsi id pacto comprehensum sit, sed opus est stipulatione, *l. 2. C. de evict.*; quoniam odiosum est, donatorem ex sua liberalitate hanc molestiam pati, quanquam discrimen illud stipulationis & pacti moribus sublatum est. Etsi autem donator de evictione citra stipulationem non tenetur, tamen si sciens rem alienam donavit nescienti, tenetur actione de dolo ad id quod interest, si donatarius sumtus fecerit in rem donatam, *l. Aristo 18. §. ult. ff. de donat. l. ad res 62. ff. de edil. edict.* bene *Donellus* ad *l. 2. C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum species quædam donationis est, heres rei certæ legatæ, puta Stichæ, evictionem non præstat, *l. cum pater 77. §. evictis 8. ff. de leg. 2. l. si a substituto 45. §. 1. & 2. ff. de leg. 1.*, nisi testator sciens rem alienam esse eam legaverit ab herede: quia ex conjectura voluntatis præsumitur testator heredem onerare voluisse periculo evictionis, per *l. Stichæ 36. in fin. ff. de usufr. leg.* Quod si generaliter res legata sit, puta servus, hic placet etiam heredem evictionem præstare, *l. heres 58. de evict. l. si domus 71. §. 1. ff. de legat. 1.* Quod autem supra dixi, donatorem non præstare evictionem, quoties stipulatio de evictione non intercessit, id simpliciter procedit & verum est, sive a traditione, sive a promissione donatio inceperit. Nam si donator ultro sine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur: ergo nec tunc tenetur, cum ex pacto tradidit. Dedit quidem *Justinianus* ex hoc pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evi-

Sta præstaretur evictio, l. 35. C. de donat. Donell. ad l. 2. C. de evict. diff. Caballin. de evict. §. 3. num. 3.

C A P. IX.

An & quomodo fœnus differat ab usura?

Veteres usuram pro usu dixisse certum est, qua in significatione passim ea voce utitur Cicero ne quis putet nimis Cascam lib. 1. Tusculan.: Natura, inquit, dedit usuram vitæ tanquam pecuniæ nulla præstituta die. Idem pro Rabir. & Verrin. 7. usuram lucis l. 3. epist. ad Appium Pulchrum, usuram temporis dixit, pro usu. Plauto uxor usuraria, cujus usuram, id est, usum corporis ad tempus aliquis cepit. Idem in Trinummio: Nec adeo hæc emi mihi, nec usuræ meæ, id est, ad usum meum. Et hac significatione creditor ipse usuram dat, nullumque mutuum est sine usura, id est, sine usu. Usura vero, quam debitor pro usu pecuniæ solvit, longe aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro vectione datur, *ναῦλον* latura, quod pro onere ferendo accipiebat bajulus, *φόρετρον*. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & usura est merces, quæ pro usu pecuniæ datur. Et observare licet, veteres Auctores usuram de usu in numero singulari potius usurpasse; usuras vero dicere maluisse numero plurali, quæ ob usum fœnebris pecuniæ debentur, qui *τόκοι* Græcis. Cicero Verrin. 4. Quis enim hoc fecit unquam, ut cum Senatus publicanos usura sæpe juvisset, magistratus a publicanis pecuniam pro usuris audeat auferre? Qui pecuniæ usura aliquem juvat, is est qui pecuniam illi dat utendam. Usuras pro pecunia aufert, qui exigit mercedem pro usu pecuniæ. Usura igitur proprie loquentibus est *χρήσις*, usuræ. *τόκοι*. Hinc usuræ trientes, quincunces, semisses, &c. Centesimas singulas dixit Cicero in epistolis ad Atticum, & binas centesimas, §. Verrin.. Ita bene & erudite D. Salmasius lib. de usur. cap. 4.. Ceterum usuræ aut usurarum appellatione non tantum significatur ea quantitas, quæ pro usu fœnebris pecuniæ solvitur, verum etiam ea, quæ ex alia causa, quam mutui, ex convention-

ventionem aut mora debetur. Itaque sic recte definietur usura, Pecunia quæ pro usu fortis, aut alias ultra sortem præstanda est. Sors hic significat quantitatem principaliter debitam; usuræ sunt accessio fortis: & ideo sublata obligatione fortis, & ipsæ deberi desinunt, *l. tutor 41. §. 1. ff. de usur. l. acceptam 19. C. cod. l. 4. C. de compens.*

Fœnus a fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quasi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci τόκον ἀπό τῆς τίκτειν dicunt. Doctissimus Salmasius loco supra citato dictum putat a Græco ποῖνος, quod idem valet, quod ποινῆ, quod probabilius est. Nam ποινῆ non tantum pœnam, sed etiam mercedem, pretium significat, sicut τιμῆ & pretium pro pœna ponitur. Terentius in Andria, *Ego pretium ob stultitiam fero*, id est, pœnam. Perfidiæ pretium, id est, ultio apud Ovidium. Nec verum est, quod fœnus sit fœtus pecuniæ, aut idem quod Græcis τόκος, ut mox clare demonstrabitur. Crediderunt Interpretes, atque inter eos etiam oculatissimi quique, usuram esse nomen generis, fœnus speciei, & omne quidem fœnus esse usuram, at non contra omnem usuram esse fœnus. Fœnus autem significare eam usuram, quæ accipitur pro mutuo; unde passim fœneratores appellantur, qui pecuniam dant mutuatam sub usuris. Quamvis enim in specie fœnus hoc appellatur, tamen usuram quoque appellari, quasi hic fœneris & usuræ appellatio confundatur, *arg. l. 6. pr. & l. 7. ff. de naut. fœn.*, ubi Paulus usuras maritimas appellat fœnus nauticum, *argum. rubricæ*, quæ est de fœnore nautico. Eas autem usuras, quæ ex mora aut re ipsa debentur, nunquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœneratores dici. Sed insignis hic Interpretum error est, quem detexit Salmasius *d. loc.*. Etenim fœnus non simpliciter significat usuram pecuniæ creditæ, sed pecuniam creditam sub usuris, æs alienum sub usura contractum δάνειον ἐντοκον. Usura est mercedis fœneris Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum, ideoque magis aversantur, quam si veritum esset.* Idem *lib. 6. Annal. Ut debitores duas partes fœneris solverent dixit: pro quo Suetonius in eadem re narranda, æris alieni duas partes.* Titulus *ff. qui tractat de trajectitia pecunia,*

nia, inscriptus est *de nautico fœnore*, non *de nautica usura*, & apud Græcos *περὶ ναυτικῆς δαρείας*, non *περὶ ναυτικῆς τόκας*. Quare? Quia in communi mutuo usurę successive currunt, & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ipsa sorte; cum in trajectione pecunia de sorte simul solvenda cum usuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus simul solvebatur & semel, hoc est, fors ipsa cum usuris. Utique in *l. 3. C. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non potest accipi pro usura nautica. Id enim dedit creditor, qui usuram dedisse dici non potest: & quod initio appellatur fœnus nauticum, postea dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus est pecunia fœnerata sub usuris nauticis. Frivola autem illa collectio est: sub titulo de fœnore nautico fit mentio usurarum maritimarum: ergo usurę maritimę sunt idem quod fœnus nauticum. Quare enim sub eo titulo non possit fieri mentio earum usurarum, quas fœnus nauticum parit? Res est clara, si fœnerari est *δαρείζειν*, fœnus est *τὸ δάειον*, & quidem *ἔντοκον*, nam gratuitum est *ἄτοκον*. Unde apparet verum esse quod modo dicebamus, fœnus non esse fœturam pecunię, sed usuras esse fœtus & partus fœneris, *τὰς τόκας δαρείας*. Ac neque in hisce locutionibus, *fœnere dare*, *fœnere pecuniam occupare*, fœnus pro usura accipitur, sed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam usurę dare, aut usuris eam occupare: non enim est occupata usuris, sed credito, ut usuras pariat: recte autem dicimus, credere pecuniam sub usuris, *δαρείζειν ἐπὶ τόκῳ*. Sic sumere pecuniam fœnore dicimus *δαρείξασθαι παρὰ τινός*, non sumere usura. Sic locare pecuniam fœnore dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id est, usuram recipiat. Usura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnore pecuniam habet, aut nummos in fœnore positos, qui eos habet in rebus creditis: neque enim in usuris tantum habere pecuniam existimandus est, sed etiam in sorte ipsa. *Valerius Maximus lib. memorab. 8.* de Confidio quodam: *Cum centies atque quinquagies sestertii summam in fœnere haberet, neque de sorte quatenquam debitorum suorum, neque de usura a suis appellari passus est.* Ergo fœnus & sortem & usuras comprehendit. Veteres dicunt usurę trientes, fœnus trientarium. Usurę trientes sunt, quę
trien-

trientem centesimarum dant : fœnus trientarium , quod usuras trientes reddit. Sic fœnus unciarium, quod usuras uncias exigit. *Tacitus lib. 5. annal. Duodecim tabulis sanctum, ne quis fœnore unciario amplius exerceret* . Denique fœnus exercere dicimus; usuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura si quis desideret, adeat *Salmasium lib. de usur. cap. 2.* Plane non negamus interdum fœnus pro usura poni; sed cum id fit, tropica est locutio, quia nunquam fœnus est sine usura.

C A P. X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejussori?

OMnes debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu sine culpa eorum & ante moram ab iis commissam contingente, sæpe responsum est, *l. 5. ff. de reb. cred. l. si ex legati 23. ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de solut.* Ex contrario veterum regula est, moram perpetuare obligationem, licet casu fortuito res extincta sit: quod hanc habet sententiam, si res debita postea perierit, quam per debitorem stetit, quominus eam daret, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *d. l. nemo 23. l. 82. §. 1. l. si servum 91. §. 3. & seqq. ff. de verb. obl.*, ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recensentur. I. Quod adhuc res ipsa peti possit. II. Quod accepta ferri. III. Quod adhuc fidejussor ejus obligationis possit accipi. IV. Quod possit novari, id est, in aliam obligationem transferri. Fidejussoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l. 91. §. 4. in fin.* responsum est: & alibi ab eodem Jureconsulto, cum reus moram facit, & fidejussorem teneri, *l. si quis solutioni 24. §. 1. ff. de usur.* Sed quid verbis illis intelligit Jurisconsultus? an quemadmodum ex mora ipsius rei obligatio sic augetur, ut usuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augeatur obligatio fidejussoris propter moram rei, ut & ille quoque ad usuras jam teneatur? Nequaquam: sed hæc Jurisconsulti sententia est: sicut mora principalis debitoris efficit,

ut

ut licet res debita casu perierit, dummodo post moram, obligatio in persona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ æstimationem debeat; ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in persona fidejussoris, *l. si a colono* 58. §. 1. *ff. de fidejuss.*, & hætenus quoque moram rei nocere fidejussori, *l. mora rei* 88. *ff. de verb. obl.*: quod & in ceteris accessionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus est ex contractu filii, *l. cum filiusfam.* 49. *pr. d. l. si servum* 91. §. 4. & 5. *ff. de verb. obl.*. Quod si quis hujus juris rationem quærat, cur scilicet post moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in persona fidejussoris, inveniet illam apud *Paulum in d. l. 91. §. 4.*, hanc nempe, quia in totam causam spondit, id est, in ea omnia, quæ principaliter in obligationem deducta sunt. Atque hoc quidem quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuati etiam fidejussoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an sicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis usurarum quoque nomine tenetur, *l. mora* 32. §. 2. *ff. de usur.*, ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejussor? Sed hoc omnino negandum est, propter rationes subjectas. I. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejussoris, ut diserte responsum est in *l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuss.*. Atqui si fidejussor ex mora rei usuras præstare teneretur, augeretur utique fidejussoris obligatio propter moram rei contra dictum textum. II. Si mora rei obligaret fidejussorem ad usuras, teneretur fidejussor etiam ad usuras præstandas, quamvis ad eas se non obligavisset. Atqui non tenetur fidejussor ad usuras, nisi ad eas quoque se obligaverit, *l. si mandator* 8. *C. quod cum eo qui in al. potest. ibi, Si te his omnibus obligasti.* Igitur ex contrario, si te his omnibus non obligasti, non teneris. III. *Arg. l. si fidejussores* 68. §. 1. *ff. de fidejuss.*, ubi negat Jurisconsultus, fidejussores qui in sortem se obligaverant, in usuras teneri. IV. Ut alieno nomine conveniri non potest, qui omnino pro alio se non obligavit, *l. nec intentio* 23. *C. de transact. l. pen. C. ne ux. pro mar. l. 1. C. ne fil. pro patr.*; ita nec is qui pro alio se obligavit, ultra quam in quantum

se obligavit, conveniri potest: quia hætenus verum est, eum obligatum non esse: siquidem partis eadem ratio est, quæ totius, *l. quæ de tota* 76. *ff. de rei vind.*. Ex his efficitur, fidejussorem in usuras non teneri ex mora rei, nisi in eas quoque se obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejussor censeatur etiam ad usuras se obligasse? Et quidem si ad certam summam duntaxat se obligavit, in usuras se obligasse non videtur, *l. si fidejussores* 68. §. 1. *ff. de fidejuss.*. Quid igitur? Tunc in usuras quoque tenetur fidejussor, cum vel expresse in has quoque se obligavit, vel se obligavit in omnem causam, *l. quæro* 54. *pr. ff. locat. l. 5. C. de pact. int. emt. & vend. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.*. In omnem autem causam se obligasse intelligitur, qui hoc modo fidejussit, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?* vel ita, *Indemnem me præstabis?* *d. l. quæro*. Quanquam non semper ad hoc, ut fidejussor in totam causam obligatus intelligatur, necesse est, ut hujuscemodi verba diserte exprimantur, de quo plura paulo post. Quod si stipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem causam, sed in præsentem duntaxat obligationem spondidisse fidejussor intelligitur. At si addat creditor, *oportebitve*, in omnem causam fidejussio facta censeatur, *l. si stipulatus* 76. §. 1. *l. si a colono* 89. *ff. de verb. oblig.*. Igitur cum moræ duplex sit effectus, unus ut in bonæ fidei contractibus usuræ & fructus præstentur; alter ut in omnibus tam stricti juris, quam bonæ fidei judiciis, species debita post moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejussori, nisi in omnem causam fidejusserit, non nocet, posterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot, qui huic sententiæ obstare videntur. Ex his unus est ille *Pauli in l. si servum* 91. §. *nunc videamus* 4. *in fin. ff. de verb. oblig.*, ubi Jurisconsultus agens de fidejussore in rem certam accepto, ait eum in totam causam spondidisse. Respondeo: vocabulum causæ non uno modo semper accipitur; sed aliquando refertur ad rem ipsam quæ in obligationem deducta est, & condemnationem quæ circa ipsam versatur, ut in *d. l. si servum* §. 4. Aliquando significat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur, ut in *d. l. quæro ff. locat. l. præterea* 20. *ff. de rei vind. l. videndum*

dum 38. §. *si actionem* 7. ff. *de usur.* Itaque pro re subjecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. si servum* §. 4. non quæritur de usuris aut accessionibus rei in obligationem deductæ; sed de re ipsa & condemnatione, re post moram perempta, facienda, nempe an interitu rei, qui post moram accidit debitoris, liberetur fidejussor, nec ne, ut apparet ex ipso *textu*, & §. *precedente*. Adde quod de usuris quæri non potest, nisi pecunia debeatur, nec de rei interitu, nisi certa debeatur species; cum nec quantitas debita perire possit, *l. incendium* 11. C. *si cert. pet.*, nec usurarum quæstio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere responsio est ad *l. si quis* 56. §. 2. ff. *de fidejuss.* ibi, *In omnem enim causam acceptus videtur*. Ecce enim non dicit Jurisconsultus, fidejussorem in omnem causam obligatum esse simpliciter, sed addit, quæ ex numeratione nasci potest. Unde apparet hoc referendum esse ad principalem obligationem, non ad accessiones ejus, ut hic sit sensus, fidejussorem se obligasse videri in casum tam consumptorum numerorum, quam extantium, id est, & acceptionis, si pecunia fuerit dantis, & consumptionis, si aliena. Magis adversari videtur *l. amissi* 52. §. 2. ff. *de fidejuss.*, ubi Papinianus ait, fidejussores a colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id est, ob æstimationem instrumentorum, quæ prædiis sic attribuuntur, ut dos nuptiis, *l. 2. §. ult. l. Seje* 20. §. 1. ff. *de instrum. vel instrum. leg.* Respondeo, Papinianum non loqui de fidejussore, qui in certam summam pro mercede locationis a colono præstandam intervenit, sed de eo, qui a colono datus est in causam conductionis, vel in conductionem simpliciter: qui perinde tenetur, ac si promisisset locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, & consequenter in usuris quoque & alias accessiones se obligasse, necesse est in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut similia exprimere: *Indemnem me præstabis?* aut *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c.; sed sufficit simpliciter. V. G. in causam conducti aut emti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certæ quantitatis, arg. *l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.*

pert. l. 5. C. de pact. int. emt. & vend.; nec mutat, in causam dicat, indefinite, an in causam omnem sive universam; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum æquipolleat universali. Non obstat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, si tutor moram fecit, etiam fidejussores ejus nomine usurarum medii temporis teneri, *l. si postea 10. ff. rem pup. salv. for. l. 3. ff. de fidejuss. tut.*. Nam stipulatio rem pupilli salvam fore in omnem causam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit, *l. cum pupillus 9. l. cum rem 11. ff. rem pup. salv. for.*. Non nihil autem negotii facit species *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.*, ubi cum legatarii ab uno e duobus heredibus, cum ab utroque legatum esset, fatis legatorum nomine accepissent, & postea deficiente coherede portio ejus accrevisset promissori, ait Jurisconsultus in totum fidejussores teneri, sicut & is solidum debere cœpit: & sic aucta ex pacto obligatione promissoris principalis, augetur & accessoria fidejussorum. Respondeo: quod jure accrescendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex causa aliqua postea emergente, sed vi principalis obligationis: quia ea est conditio coheredum, ut qui ex iis hereditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, *l. unic. §. his ita C. de caduc. toll.*; qua de causa & fidejussores eo casu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam causam. Unus adhuc scrupulus evellendus est, quem nobis injicit *Ulpianus* in *l. 1. §. bellissime 13. ff. ut leg. nom. cav.*. Ait bellissime quæri, an stipulatio seu satisfactio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel usuris sentiat: & respondet recte placuisse ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit, comprehendat. Sed animadvertendum est, hanc stipulationem esse prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere secundum *l. in conventionalibus 52. pr. ff. de verb. oblig.*; & hoc significat *Ulpianus* his verbis, *ut id quod oportebit comprehendat*, nempe etiamsi verbum futuri temporis *oportebit* expressum non sit, sed præsentis duntaxat *oportet*, licet secus sit in stipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non sub-

intelligitur,

intelligitur, sed exprimi debet, ut omnis causa comprehendatur, *l. si stipulatus* 76. §. 1. *l. si a colono* 89. ff. de verb. oblig. . *D. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 23. thes. 5. litt. D. & E.* respondet, stipulationem legatorum cautionalem esse & induere naturam obligationis ex testamento, quæ ratione fructuum & usurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur, *l. usura* 34. ff. de usur. . Sed melior est prior responsio; quia posteriori perspicue obstat *d. l. si a colono*. Est autem nostra de tota hac quæstione sententia communi DD. consensu probata in *l. centum Capua* 8. ff. de eo quod cert. loc. & *l. fidejussores* 68. §. 1. ff. de fidejuss. , quanquam singula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque respondet *Bronchorst. cent. 4. assert. 54.*, rectene, an secus, Lectorum judicio permitto. Ego aliorum naves lubenter prætereo, & extra quam si res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non est aliena carpere.

C A P. XI.

An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?

IN probatione consistit potissimum momentum ad obtinendum jus nostrum, quippe qua si quis destituatur, audiet illud *Pauli* in *l. duo sunt Titii* 30. ff. de test. tut. , non jus, sed probatio deficit. Inanis enim est actio, nisi indubitatae probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum esse quod in judicium deducitur. Omnis autem probatio nostra aut tabulis constat, aut testibus, *cap. foris ext. de verb. sign.* : sed ea aut directa est, cum scilicet id quod probare volumus, ipsis testimoniis aut instrumentis continetur; aut obliqua, cum id quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἀτεκνος, hæc εὐτεκνος dici potest. Atque ex hoc vel solo intelligi potest, quid ad quæstionem propositam respondendum sit, nimirum non juris, sed facti quæstiones esse objectum sive materiam, circa quam versetur probatio; si quidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta. Imo juris allegatio

non

non indiget probatione, quia jus omne certum est, *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.*: certa autem & notoria non probari debent, sed allegari sufficit, *cap. evidenter ext. de accus. Mynsing. 6. obs. 3.* Plane non negamus dubiam interdum esse legum sententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam; sed hoc ipsis incumbit iudicibus; quippe quorum officium est, ut ubi de facto constat, ipsi etiam non admoniti de jure dispiciant, *pr. Inst. de offic. jud.*. Sed & pedanei iudices de facto tantum, non de jure cognoscebant. Quod si de jure incidisset dubitatio, prætorem aut præfides, a quibus dati erant, consulere, non litigantium allegata sequi debebant, *l. cum quem 79. §. 1. ff. de judic.*. Totum quidem illud in iudicis potestate est, ut statuat, utrum satis sibi probatum sit id, de quo quæritur, an non, *l. 3. §. 2. ff. de testib.*: at hoc non ad juris, sed ad facti quæstionem duntaxat pertinet; solæ enim facti quæstiones in potestate sunt iudicis, non juris, *l. 1. §. 4. in fin. ad S. C. Turpill. l. ordine 15. in fin. pr. ff. ad municipal.* Imo usque adeo non tenentur litigatores iudici probare, quid juris sit, ut contra iudex, si quid a litigatoribus eorumve advocatis minus fuerit dictum, id supplere & proferre debeat, quod sciat legibus & juri publico convenire, *l. un. C. ut quæ des. adv. jud. suppl.*; qui textus omnino ad eam pertinet, quæ juris sunt, non ad ea quæ sunt facti, ut & in ipso textu aperte dicitur. Hinc illud in Curia Gallia celebratum refert *Mynsingerus*, *Venite ad factum, Curia novit jus*. Non obstat locus *Pauli* in *l. 5. pr. ff. de probat.*, ubi ait ab ea Parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipso, sed de jure Partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus concessum est; veluti si quis dicat aliquem jure prohibitum esse advocatione, probare debet eum prætulisse illicita compendia suæ existimationi: non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris est, *l. 5. C. de postul.*. Similiter, accusor a Titio facinoris alicujus, a quo eum prohibitum esse accusare, propter causam aliquam, de quibus in *l. 8. ff. de accusat.*. Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum est & notum, sed factum ipsum,

puta

puta turpem quæstum, infamiam, &c. adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. S.C. Macedoniano. Itaque si quis a creditore conventus dicat se non potuisse mutuum accipere propter S.C. Macedonianum, is non debet probare S.C. cautum esse, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiõve detur, sed se esse filiumfam. Ipse autem judex statuet, quid juris ei tanquam filiofam. ex S.C. competat. In summa, cum de jure Partis controversia est, in quæstionem facti res incidit. Fatemur equidem jus aliquando inter advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud ait esse juris certi: sed quid sit certi & explorati juris, judex non ex probatione advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris discere debet, *pr. Inst. de offic. jud. l. un. C. ut quæ des. adv. part.*: in quam rem & *Aristoteles 1. Rhet. 1. ἢ δίκαιον*, inquit, *ἢ ἀδίκον, αὐτὸν δὴ πρὸς διακρίσιν δεῖ γινώσκειν, καὶ εἰ μὴ δάειν, καὶ εἰ μὴ δάειν παρὰ τῷ ἀμφισβητῶντων*. Quod si quærat de communi DD. opinione, quam plerumque judices in judicando sequuntur, hic etiam facti quæstionis speciem res induit, haud secus quam cõsuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu judiciali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probationem accipimus, quasi ad statum conjecturalem duntaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus, cum quæritur, quid probari debeat, an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio, sive juris, is cui incumbit probatio, judici probare teneatur, & nisi probet, sententia contra eum sit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris; probatoque facto, ipsum judicem dispicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum est, *pr. Inst. de offic. jud.*. Quod si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus, quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat, etiam in statu judiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut secus? Ceterum ad victoriam

Et oriam causæ id necessarium non est, cum ipse iudex, ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enimvero hæc ita obtinent & vera sunt, cum de jure scripto quæritur. Aliud autem dicendum est, cum agitur de jure non scripto five consuetudine. Nam qui consuetudinem allegat, eam probare solet, aut rebus judicatis secundum *l. cum de consuetudine 34. ff. de legib.*; aut per turbam five testes conglobatos, ut hodie fit in Curiiis, de quo pulchre *Ant. Faber C. suo for. de testib. def. 3. & 14.* Nempe cum consuetudo sensim tacito utentium consensu introducatur, necesse est consensus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet. Plane si certa sit consuetudo & notoria, juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem, *Gail. 2. obs. 31. Mynsing. 6. obs. 41. & seq. Diod. Tulden. in C. quæ sit long. consuet. VVesemb. par. ff. de probat. num. 7.*

C A P. XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per rerum naturam probatio?

QUOD passim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum etsi nihil ipse præstet, absolvi, *l. quoties 18. l. verius 21. l. ante omnia ff. de probat. l. 8. l. actor 23. C. eod. l. 4. C. de edend. l. 9. C. de oblig. & act.*, id quidem verum est, quando reus id quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt isti textus. Ceterum cum reus ad defensionem suam depulsione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur: veluti si reus dicat se solviffe, sibi accepto latum esse, dolo malo se inductum, pactum esse, ne actor peteret, &c. *l. 1. C. de probat. l. quoties 18. §. 1. & l. seq. pr. ff. eod. l. 1. ff. de except.* In summa is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, sive actor sit, sive reus, *l. 2. ff. de probat.* Et ratio est, quia factum negantis, quatenus negat, per rerum naturam nulla est probatio, *l. actor 23. C. eod. tit. l. asse-*

veratio 10. C. de non num. pecun. Non igitur ordo iudicio-
rum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam
male putant; sed quo minus probari possit, obstat rerum
natura, id est, a Deo indita, quæ est immutabilis. Finge vi-
ginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari
pecuniam; non tamen hoc probatum est: potest enim nihi-
lominus verum esse me pecuniam accepisse. Hinc vulgo DD.
ajunt, pluris esse unum testem affirmantem, quam viginti ne-
gantes. Atque idem dicendum est de instrumentis, quæ nihil
exhibent, nisi puram negationem super eo negotio, de quo
lis est. Ceterum hæc ita se habent in mera & simplici facti
non limitati negatione. Quod si factum, quod negatur, sit
loco & tempore circumscriptum, aliud est, & talis negatio pro-
bari poterit: veluti si negem Lugduni mihi numeratum ef-
se Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco cir-
cumscripta est: & implebitur ejus probatio, si probem me
eo die Lutetiæ fuisse, *l. optimam 14. C. de contr. & commit.
stipulat. §. item verborum 11. Inst. de inut. stip.* & utrobique
Gloss. & DD.: nec dissimilis est species *l. 2. C. de err. adv.*, ubi
negatio restricta est ad certam scripturam, unde error libel-
lionis probari potest. Et tamen ne hic quidem, si rem bene ex-
pendamus, negationem probo, quatenus nego, sed quia prius
aliquid pono & affirmo, ex quo id quod nego per conse-
quentiam necessariam efficitur. Itaque illud adhuc manet,
& perpetuo verum est, factum negantis, quatenus solum ne-
gat, naturali ratione nullam esse probationem. Quod si prius
aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per conse-
quentiam recte colligatur, jam non probat, quatenus negat,
sed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & al-
tero, quem diximus, casu contingit, sed & pluribus aliis.
Finge heredem negare, quod legatarius affirmat, bona defun-
cti sufficere ad legata integra salva Falcidia exsolvenda, in hac
quæstione diserte responsum est heredi probationem incum-
bere, *l. cum de lege 17. ff. de probat.* At quomodo heres hic
probabit quod negat? Non potest directo: sed potest per con-
sequentiam, ostensa prius quantitate legatorum & patrimo-
nii defuncti. Potest autem heres ex libris rationum facile do-
cere,

cere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, si negem aliquem heredem aut dominum esse, potero id probare, sed ita demum, si ostendam hereditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotiescunque negationis dari potest concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planius loquar, vi & effectu affirmatio quædam est, non pura & pura facti negatio. Ut ecce, si filius neget se in potestate patris esse, vi ipsa affirmat, se esse sui juris, & hoc probare potest, nempe si doceat se a proavo, aut avo paterno esse emancipatum, quæ probatio propterea etiam a filio exigitur, *l. si filius 8. ff. de probat.*. Huc item referenda negatio, quam Interpretes appellant negativam juris, & qualitatis: E.G., si negem Titium testamentum facere potuisse, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & possum, si ostendam esse filiumfam. Si negem posse esse procuratorem, id probabo, si militem esse ostendero. Si negem testatorem mentis compotem fuisse, quæ Doctoribus qualitatis negatio est, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio, si doceam furiosum fuisse, *l. 5. C. de codicill.*. Item si negem emancipationem rite factam esse, id probare debeo, *l. 5. §. 1. ff. de probat.*. Si simpliciter negarem factam esse, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne posset quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit. Sed cum nego, emancipationem recte factam esse, hæc est negativa qualitatis, eamque probare possum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magistratu celebrato præsumtio est omnia debito modo peracta esse, *arg. l. 4. C. de jur. & fact. ign. l. 2. C. si adv. rem. jud.*. Huc etiam pertinet species *l. non nudis 14. C. de probat.*: nam qui negat Titium esse filium suum, id probare potest ostendendo esse alienum. Hæ autem negationes non sunt negationes juris constituti, quod probatione non indigere superiore quæstione ostendimus; sed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam Pars adversa sibi competere asserit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur, *l. 5. pr. ff. de probat.*, quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæstionem facti incidit, ut superiore quoque capi-

te demonstratum est. Deinde nec re ipsa sunt negationes, sed affirmati ones. Qui negat emancipationem rite factam esse, vi ipsa ait emancipationem esse vitiosam, & jure prohibitam. Qui negat te idoneum esse procuratorem, affirmat te jure prohiberi procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, sed quia re affirmat. Et in universum hoc tenendum est, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, sed ex intentione actoris æstimandam esse: ut si neget reus, quod actor intendit, vere negare dicatur, etiamsi utatur verbis affirmativis, veluti si actor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur §.1. *Inst. de action.*; his verbis possessor affirmat se dominum esse, re negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei duo in solidum domini esse non possunt. Quod si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem prius aliquid afferat ad sui defensionem, quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur, ut in supra scriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonstrari potest exemplo actionis confessoriae & negatoriae. Intendit aliquis se habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, et si oratio affirmativa est: quia re ipsa negat se servitutem vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet; quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, l.4. §. *competit autem* 7. ff. *si serv. vind. DD. comm. ad* §.2. *Inst. de action. Donell. in l.23. C. de probat. Duar. cap.12. prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fuis & intricatis aliorum de probatione negativæ disputationibus.

C A P. XIII.

*An quo jure licitum sit Leviri aut Gloris filiam
neptemve uxorem ducere ?*

Non solum propter cognationem seu sanguinis conjunctionem a quarundam nuptiis abstinendum est; sed etiam affinitatis, quæ est cognationis quoddam simulacrum, ea vis est, ut quosvis affines quibusvis matrimonio jungi naturæ honestas non patiatur. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco sunt, ut Socer & Nurus, Vitricus & Privigna, & porro ceteri in recta sive perpendiculari affinium linea, §. 6. & 7. *Inst. de nupt. l. adoptivus* 14. §. ult. ff. *ead. l. nemini* 17. C. *ead. Levit. cap. 18. vers. 8. 15. & 17.* Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem esse evincit locus *Apostoli 1. ad Corinth. 5.*, ubi tale stuprum (*τοιαύτην πορνείαν*) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Transversa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuisse, idque variis exemplis doceri potest. Apud *Marcum Tullium lib. 1. de divinat.* & *Valerium Maximum lib. 1. cap. 5.* legimus Metellum mortua uxore Cœcilia filiam sororis Cœciliæ in matrimonium duxisse: quod tamen neuter eorum ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines transversi limitis in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut sororis, vel contra filius fratris aut sororis uxorem patris aut avunculi ducere voluissent: ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius e conjugibus pro extinctis habita fuisse; utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum Auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi crediderunt, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter

eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant; quem admodum & adoptione soluta nuptiæ non impediabantur, nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius adoptivam, soluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione constitissè certum sit, §.2. *Instit. de nupt.* Ceterum insignis hic veterum Romanorum error est; & ingens profecto est discrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est: affinitas vero etiam causam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in *cap. 1. caus. 35. quæst. 1.* Atque hoc etiam posteriores honestate propius inspecta agnoverunt. Itaque longiusitum, prohibitumque matrimonium inter Levirum & Glorem, Sororium & Fratram, id est, ut neque Frater uxorem defuncti Fratris ducere, nec vicissim Soror Marito Sororis nubere possit, nec Maritus cum Sorore Uxoris, aut Uxor cum Fratre Mariti conjungi, *l. 5. l. pen. & l. ult. C. de incest. nupt.* Quod & alii populi honestatis & verecundiæ paulo observantiores secuti sunt, ut *Aleman legib. Aleman. tit. 40. §. 1. Bojoarii leg. Bojoar. tit. 3. Franci leg. Franc. lib. 5. tit. 4.* Convenienter .s. *Legi Divinæ cap. 18. Levit. vers. 16.*, quo loco cum Fratris cum Uxore Fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censerî debet Sororis cum Marito Sororis suæ conjunctio ex ratione quam affert Moses, quia, inquit, Fratris tui pudenda sunt: quod nihil aliud declarat, quam quia Uxor Fratris tui est, ut jam affinitate tu illi Frater, illa tibi Soror facta sit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem esse arguunt loci novi fœderis *cap. 14. Matth. vers. 4. cap. 6. Marc. 18. cap. 3. Luc. 19.* Lex vero de Fratris uno casu ducenda .s. cum Frater sine liberis decessisset *cap. 25. Deuter. vers. 5.*, mysterium continet, nempe ut in nomen Primogeniti conservaretur familia, & Primogenita Christi nunquam intermoritura significaretur *Augustinus quæst. 61. in Levit.* Est igitur exceptio legis & dispensa-

tio præcepti in *d. cap. 18. Levit. vers. 16.* In linea transversa affinitatis inæquali nullum in libris juris Cæsarei extat interdictum: sed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittuntur. Multi quoque existimant illicitas fuisse, propterea quod etiam in transversa inæquali linea persona superior parentis, inferiores liberorum locum obtinent, *l. nuptiæ 53. ff. de rit. nupt.* Et quia Modestinus generaliter pronuntiat, matrimonio copulari nefas esse, qui affinitatis causa parentum & liberorum loco habentur, *l. 4. ff. de hosi. itaque 7. ff. de grad. & affin.* Pontifices Romani longius progressi sunt, & sicut in consanguinitate vetuerunt conjungi non solum Consobrinos, sed etiam Sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter se civili computatione distent; ita etiam in affinitate ad eundem usque gradum prohibuerunt conjungi affines, *cap. non debet, & ibi Canonist. de consang. & affin.* Itaque secundum decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem sobrini uxoris meæ (*miins huiusvrouwen achter-susterlings dochter oft dochters dochter*) sine dispensatione. Sed hæc decreta nihil aliud sunt, quam laquei conscientiarum, citra ullum respectum honestatis aut naturalis pudoris, fabricata tantum sedis Romanæ crebris dispensationibus ditandæ gratia. Lex Divina per Mosen data fere per omnia convenit cum jure Cæsareo Romanorum. In transversa affinitatis linea inæquali Dominus expresse apud Mosen *d. cap. 18. Lev. vers. 14. & cap. 20. vers. 20.* vetat conjungi Fratris Filium cum Uxore defuncti Patris; adjecta hac ratione, quia est Amita tua. Cui omnino consequens est. I. Nec Sororis Filium cum Uxore defuncti Avunculi conjungi posse, quia illius est Matertera. II. Nec Patrum aut Avunculum cum Uxore Filii Fratris aut Sororis Uxoris suæ, quia & illi hujus *Deïoi*. III. Nec Amitam aut Materteram cum Marito Filiae Fratris aut Sororis; quoniam & illæ hujus *Deïai*, de quibus posterioribus speciebus etiam nominatim apud nos cautum est *art. 11. Ord. polit.* Ceterum an æque ex consequenti prohibita intelligi debeant nuptiæ Mariti cum Amita aut Matertera Uxoris suæ, aut de quo hic quæstio est, cum Fratris aut Sororis Uxoris suæ, sive Leviri vel Gloris Filia, nonnulli dubitant, propterea quod

hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honestate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim ajunt verecundum est, Patruum meum cum ea, quæ mea aliquando Uxor fuit, consuescere, & duos consanguineos cum eadem misceri, quam illum, qui Amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum Sorore mea, & unum successive cum duabus consanguineis. Sed cur in his minus valet ratio Legislatoris, quia est Amita aut Matertera tua, quia est Patruus aut Avunculus tuus, συγγενεῖς γὰρ σε εἶσιν, ut vertunt Septuaginta? Non aliam utique rationem interdicti affert Moses. Et vero si in universum spectamus causam, ob quam nuptiæ etiam in quibusdam gradibus affinitatis prohibentur, v3. quia Vir & Uxor in unum corpus coalescentes jam non amplius duo sunt, sed una caro; in universum etiam dicendum videtur, eosdem gradus affinitatis prohibitos censerī debere, qui prohibiti sunt in consanguinitate; & propositionem illam Mosis *Levit. 18. vers. 6., Ad proximam sanguinis sui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro consanguineis sunt, pertinere, & ad eum usque gradum vim suam exercere, ad quem usque extenditur prohibitio inter sanguine junctos, quæ & reformatæ Ecclesiæ Doctorum sententia est, ut videre est apud *Bez. tract. de repud. & divort. Zanch. lib. 4. de operib. Dei cap. 1. thes. 5. in fin. Beust. de matrim. cap. 51. post. prin.* & alios, probata Ordinibus Hollandiæ *d. ordin. polit. art. 8.* & passim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Erratque adeo *D. Johannes a Sande lib. 2. decis. Frisic. tit. 1. defin. 8.*, dum asserit Zanchium & Bezam putare jure Divino permissam esse conjunctionem cum Amitæ vel Materteræ Marito, vel Avunculi aut Patruī Uxore. Illos enim constanter contrarium docere comperturus est, quisquis locos citatos inspicere non gravabitur. Et quid? Bezane & Zanchius contra expressa verba Mosis, *Turpitudinem Patruī tui non revelabis, &c.* pronuntiarent Lege Divina permissum esse matrimonium cum Uxore Patruī? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum esse Leviri vel Gloris filiam aut Neptem uxorem ducere, de quo hic expresso agitur. Atque ita ex factō consultus non ita pridem cū Clarissimo viro *D. Nicolao Dedelio* Collega meo piæ

memoriæ respondi. Objiciebatur nobis, quod in prohibitoriis omnia concessa & permiffa intelligantur, quæ non expresse & specialiter sunt prohibita, *l. nec non 28. §. 2. ff. quib. ex caus. major.* Negabam hoc a Jurisconsulto dici, sed hoc tantum, si leges non prohibeant; simpliciter .s. non autem si expresse non prohibeant: alioqui fore, ut omnis extensiva interpretatio fundata in sententia & ratione Legislatoris tolleretur; quod absurdum, imo inauditum est, & praxi omnis ævi contrarium. Apud Mosen non prohibemur specialiter ducere Aviam, neque Proneptem, neque Amitam aut Materteram magnam, neque Uxorem Avunculi, imo nec ipsam Filiam nostram. An igitur dicemus inter omnes hæc personas jus connubii esse? absit. Neque enim in prohibitoriis id solum prohibitum intelligi debet, quod verbis expressum prohibitum est; verum etiam quod eandem prohibitionis rationem habet, ex sententia .s. Legislatoris, *l. contra 29. & l. seq. ff. de legib. l. 3. §. is autem l. 7. §. mutui ff. de S. C. Maced. l. oratio ff. de sponsal. cum sim. cap. quod una ext. de reg. jur. in 6.*, eoque pertinet *l. 6. §. 1. ff. de verb. sign.*, ubi *Ulpianus* ait verbum *ex legibus*, sic accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis. Et illud *Celsi*, Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire 17. ff. de legib.* Et quamvis igitur singula apud Mosen non sint expressa, tamen quibusdam positis, quæ paria sunt, pro expressis habenda; cum hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus similiter statuatur, *l. neque leges 10. cum aliquot seqq. ff. de legib. l. 8. ff. ad leg. Aquil. Cic. pro Cæcinn. & alibi.*

Doctores Reformati, atque inter eos *Beza d. tract. de repud. & divort. Zanchius lib. 4. de operib. Dei cap. 1. thes. 7.*, in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicta, quæ affines laterales spectant, moralia sint & perpetui juris. Et nostra quidem opinione verba *d. cap. 18. Levit. vers. 24.* adeo clara sunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia tam graviter punivisset, nisi in singulis peccassent contra legem naturæ, id est, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur pœnæ gravitas, & notentur particulae

universales, quibus singulos istos casus designat Legislator, cum idcirco gentes puniendas esse ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodesse potuit, nec excusationem mereri, quod res non esset integra. Etsi enim pleræque harum conjunctionum directe non adverfantur primæ illi legi naturæ, seu primis juris naturæ principiis: contraria tamen sunt conclusionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis istis principiis elicere potest & approbare debet: & ita juri naturæ secundario: cujus gratiam facere nemo nisi Deus ipse potest: qui & forte in sanctis olim quædam matrimonia vetita *d.cap. 18. Levit.* concessit propter sancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapsis, & judicii errore aliorum exempla secutis, id benigne condonavit. Denique talia objicienti recte respondebitur, non exemplis, sed legibus judicandum esse. *Grotius 2. de jur. bell. & pac. 10.* putat legem de conjugis a Deo datam universo humano generi in reparatione post diluvium. Atque hac in parte multum, imo nimium tribuit interpretationi Rabbiorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in universum de conjugis a Deo per Mosen populo Israelitico datas, morales & æternas esse, atque haud fecus constringere omnium hominum vitam, quam ipsa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hic sibi quicquam vindicare posse, cum *Ant. Contio 2. subsec. Beza d. tract. de repud. & divort. Zanchio lib. 4. de operib. Dei cap. 1. thes. 7. Bucano loc. de conjug. qu. 22.*; quanquam non omnes qui contra istas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua sententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *cap. literas de restit. spoliat.*, ut & *Panorm. in d. cap. 17.* multique alii e Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quam Jureconsultis, adeoque Doctissimi Scholasticorum, qui etiam aperte docuerunt, nec ipsum Pontificem Romanum dispensare posse, ut matrimonium contrahatur inter personas in gradibus prohibitis *d.cap. 18. Levit.*, quorum prolixum catalogum habes apud *Sanchez Jesuitam de matrim. lib. 7. disput. 52. nu. 7.* *Grotius l. 1. introd. ad jurispr. Bat. cap. 5. & Coren. cons. 21. nu. 27. & 28.* memorant, DD. Ordines Hollandiæ semel atque iterum per modum dispensationis petenti alicui

permisſiſſe, ut Filiam Gloris uxorem duceret; & nominatim Ægidio Flory Procuratori Generali 20. Augusti 1609.: ſed poſtmodum ſemper, ut accepi, idem petentibus de conſilio Curiã provincialis denegatum eſt, non minus pie mea ſententia, quam tuto.

C A P. XIV.

*An quævis filia a quibusve parentibus dotandæ? & eæ
profefſo an pater cogatur dotem dare
filia locupleti?*

Dotare filiam, eique conditionem honeſte nubendi quærere, patris officium eſt, *l. capite 19. ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiſſ.*. Nam cum maritus onera matrimonii ſuſtinere cogatur, & pro hiſce oneribus viciffim omnes fructus dotis, quam ab uxore accepit, ipſius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi ſcilicet filiam, ut huiusmodi onerum partem agnoſcere debet, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot.*. Sed hoc ita, ſi pater filiam habeat in poteſtate, *d. l. 19. ff. de rit. nupt.*: alias avo paterno id incumbit, cujus in poteſtate filia eſt. Secus etiam eſt, ſi filia ſit emancipata; utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos conſtitui poteſt. Sed nec tam arctum vinculum eſt patri cum filia emancipata & ſui juris effecta, quam cum ea quæ adhuc in ejus poteſtate & familia eſt: & hæc patri, illa ſibi acquirit. Non adverſatur quod a Papiniano reſponſum eſt; cum pater idemque curator filiã emancipatæ dotem pro ea conſtituit, in dubio eum videri magis quaſi patrem de bonis ſuis dotem conſtituiſſe, quam quaſi curatorem de bonis filiã, *l. 5. §. ult. ff. de jur. dot.*. Ex eo enim minime ſequitur, patrem jure obligatum eſſe ad dotem filiã emancipatæ dandam: ſed τὸ ἐναντίον, nempe patrem non teneri ex ſuis bonis dotare filiam emancipatam, & ſi expreſſim de bonis filiã, non de ſuis dotem conſtituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obſcure arguit *l. ſi res 51. ff. eod. tit.*, ubi Ulpianus ait, ſi pater filiã emancipatæ res, quæ ei poſt emancipationem donavit, cum dotem poſtea dederit, dotem a filia,

non

non a patre datam videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiae sui juris effectæ dotem dare. Quod si pater filiae nomine dotem promisit, eamque ante nuptias emancipavit, non resolvitur promissio, non magis quam si pater ante nuptias mortuus esset, *l. si pater 44. pr. ff. eod.* Sed & ex hoc ipso a contrario sensu recte colligitur, citra promissionem non teneri patrem de suo filiam emancipatam dotare. Plane si filia emancipata sit paupercula, & absque dote conditionem invenire nequeat, tentari potest officio magistratus patrem cogi posse, ut dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet, qui pater est, in huiusmodi causis jure nostro pro patre habetur; sed is demum, quem nuptiæ demonstrant, aut qui filiam adoptavit, *l. 5. ff. de in jus voc. l. 6. ff. de his qui sui vel al. jur. l. 1. & pass. ff. de adopt.* Non mutat, quod pater alimenta præstare huic filiae debet: nam ab alimentis ad dotem non recte argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: sed negando duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare, *Busius in d. l. 19. ff. de rit. nupt.* Etiam spuria sive vulgo quæsitæ filia alenda a patre est, modo de eo constet: non tamen dotanda. Alimenta denegare est necare, *l. 4. ff. de agnosc. & alend. lib.* Denique quid verbis opus est? textus in hanc rem satis est clarus in *l. uxorem 41. §. pater naturalis 11. ff. de legat. 3.*, ubi pater pro filia naturali, cui fideicommissum debebat, dotem dans, non intelligitur id fecisse, ut pater, aut dotis debitor, sed ut debitor fideicommissi, & hujus debiti minuendi causa. Quin & si maxime velit pater, tamen si liberos legitimos habeat, non nisi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocunque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre potest, *l. 8. C. de natur. lib. junct. Nov. 89. cap. 12. §. 2.* Unde tamen benigne dici potest, si filia naturalis valde inops sit, officio jus dicentis, sive ut nunc loquuntur, officio judicis nobili, patrem constringi posse, ut huic filiae aliquid in dotem det, quod tamen, si liberi legitimi sint, non excedat quantitatem definitam *d. l. 8. C. de natur. lib. & d. Nov. 89. cap. 12. §. 2.* Et hæc communis est opinio, *Gloss. in l. uxorem 41. §. pater naturalis 11. ff. de legat. 3. Bartol. ibid.*

& in l. 1. ff. solut. matrim. num. 11. Bald. & Salic. in l. ult. C. de
 dot. promiss. Mantica. lib. 12. de tac. & ambig. conv. tit. 19. n. 4.
 & 32. Gudel. 1. de jur. nov. cap. 14. Perez ad d. tit. C. n. 6.
 Alii se fundant in æquitate juris Canonici, arg. cap. cum habe-
 ret in fin. de eo qui dux. in matrim. ubi Gloss. Gail. 2. obs. 188.
 num. 4. ; & plerique appellatione spuriorum intelligunt om-
 nes, qui non sunt nati ex justo matrimonio, confundentes
 ex concubina natos cum vulgo quæsitis, Palæot. de noth.
 & spur. fil. cap. 49. & seq. Boer. decis. 127. Covar. part. 2. de
 matrim. cap. 8. §. 6. n. 15. Gail. d. loc. . Nonnulli eadem æqui-
 tate moti nec eos in totum excludunt, qui nati sunt ex dam-
 nato coitu, ab alimentis ad dotem perperam κατασκευάζοντες.

Mater filiam dotare non cogitur, nisi ex magna & pro-
 babili causa, l. neque mater 14. C. de jur. dot. . Magna autem
 causa esse putatur, non tantum si mater sit dives, pater inops;
 verum etiam si mortuo patre ipsa filia inopia laboret. Legi-
 bus etiam hoc specialiter cautum est, ut mater hæretica filiam
 Christianam dotare cogatur, l. cognovimus 19. C. de hæret.
 & Manich., ad quem textum forte respexit Tribonianus in
 d. l. neque mater, in verb. vel ex causa specialiter lege expres-
 sa. Sed illud cessare cœpit, postquam ex constitutione Frede-
 rici in auth. Gazaros C. de hæret. & Manich. & jure Cano-
 nico cap. vergentes 10. ext. ead., omnium hæreticorum bona
 confiscari placuit, ita ut in d. cap. vergentes etiam liberi Ca-
 tholici ab iis bonis excludantur: nisi quis dicat, & quidem pro-
 babiliter, ex bonis istis confiscatis aliquid pro dote vel alimen-
 tis liberorum decidi oportere, sicut olim ex bonis damnato-
 rum portiones liberis relinquebantur, l. 7. ff. de bon. damnat..
 Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata sunt: nemo-
 que apud nos propter hæresim aut heterodoxiam bonorum
 patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona pu-
 blicentur, procul dubio dispositioni d. l. 19. C. de hæret. locus
 erit in Judæa matre, ut filiam Christianam dotare cogatur. Sed
 & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bo-
 norum omnium communionem mulier sicut lucri, ita etiam
 damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tanquam æs alie-
 num, commune est, & ad utriusque parentis officium spectat,

Vid.

Vid. Groenev. de ll. abrog. ad d. l. neque mater & ibi alleg.

Præcipua vero quæstio hic est de filiafam. locuplete seu bona propria habente, nempe an & huic pater dotem dare cogatur. Ego sic distinguendum arbitror: si filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum usumfructum pater non habet (ut in *auth. excipitur cum 2. seqq. C. de bon. quæ lib.*) unde honeste pro conditione personæ suæ dotari potest; hoc casu non putarem patrem cogi posse, ut de suo dotem filia constituat. Ratio est, quia nec talem filiam alere pater tenetur, *l. 5. §. sed si 7. ff. de agnosc. & alend. lib.*: ab alimentis autem ad dotem licet ἀνασχευάζειν. Et cessat omnino ratio onerandi patrem, quando filia ob bona propria conditionem reperire potest, *Bart. in l. mulier 22. §. cum proponeretur 4. ff. ad S. C. Trebell. Alciat. in l. 1. ff. solut. matr. Tulden. in Cod. tit. de dot. promiss. num. 7. Bachov. in Treutl. disp. de jur. dot. thes. 2.* Multa quidem post Salicetum & alios, sed in vanum disputant *Gail. 2. obs. 95. Palæot. de noth. & spur. cap. 49. & seq. Sichard. in l. ult. C. de dot. promiss. Bronch. 3. assert. 14.*, ut probent argumentum a negatione debitionis alimentorum non necessario procedere ad negationem debiti dotis, causamque dotis etiam favorabiliorem esse causa alimentorum, quo nihil est παραδωζόμερον. Sed objicitur nobis *d. l. ult. C. de dot. promiss.*, quæ est una ex 50. decisionibus Justiniani. Videamus ergo quid Justinianus illic constituat. Agit ibi Imperator de patre habente usumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. constitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de suo dare: sed si dotem ultro promiserit, definit, ex cujus bonis hoc pater fecisse censerit debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filia. Et summa *d. l. ult.* est, quam refert *Baldus*. Pater simpliciter dotem dans pro filia non expresso de cujus patrimonio, censetur dedisse de suo ipsius patrimonio. Si vero dixerit se dotem dare de suo & filia patrimonio, tunc si pater est inops, censetur dotem dedisse de filia patrimonio: si pater est locuples, censetur eam summam, quam expressit, dedisse de suo ipsius patrimonio, & tantundem tacite voluisse accedere ex bonis adventitiis filia, in quibus usumfructum habet; quem
usum-

usumfructum eatenus tacite remisisse intelligatur. Idemque
 jus constituit, si pater donationem propter nuptias pro filio
 promiserit. Quod si pater expresse dicat se de filiæ bonis do-
 tem dare, is casus non deciditur in *d.l. ult.*, sed decidendus
 est secundum ea quæ dixi, nempe patrem non cogi de suo
 dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure ha-
 beat, seu quorum ususfructus non pertineat ad patrem. Hoc
 igitur adhuc manet, si pater simpliciter pro filia, quamvis bo-
 na propria pleno jure habente, dotem dederit, eam de suis
 bonis ex liberalitate dedisse intelligitur, *l. 5. §. 12. ff. de jur.
 dot.*. At ex eo, ut superius quoque diximus, recte colligitur,
 posse patrem, si velit, etiam de filiæ bonis dotem promittere:
 & si hoc expresse dixerit, eum non teneri de aliis, quam de
 filiæ bonis dotem promissam præstare. *Fac. l. si res 51. ff. eod.
 tit.*. Non obstat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio
 legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis
 auferri debet patris hereditas, ad quam ratio naturalis, quasi
 lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur a patre vivo
 in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat, *l. 2.
 ff. eod. tit.*. Itaque si filia conditionem matrimonii reperire po-
 test ob propria bona, cessat causa onerandi patrem, ut bene
Diod. Talden. ubi supra, Duar. ad tit. sol. matr. cap. 3. de dotib.
 Quod si filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum
 bonorum proprietatem, ususfructu apud patrem constituto,
 hoc casu pater aut ex suo patrimonio dotem dare debet, aut
 remisso ususfructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum
 jus ex causa dotis in filiam transferre: sicut etiam pater, qui
 ususfructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimen-
 ta illis de suo præstare tenetur, *l. ult. §. ipsum autem 5. pr.
 & vers. cum enim C. de bon. quæ lib.*. De filia, quæ sine patris
 consensu nupsit, frustra quæritur, an eam dotare pater de-
 beat, quoniam hoc casu jure civili nec dos, nec matrimonium
 intelligitur: moribus nostris ob eam causam etiam exhereda-
 ri potest, utique si minor 20. annis fuerit, *Grot. l. 2. introd.
 ad jurisp. Bat. c. 18.*; alibi etiam si major, modo minor 25.
 annis, *Christin. vol. 3. decis. 132. n. 19. Talden. in C. de nupt.
 n. 2. & de dot. promiss. num. 9.* Quid de jure Canonico hic
 sta-

statuendum, vide *Gail. 2. obs. 95. n. 3. & seqq. Panorm. in cap. 1. n. 6. de despons. impub. Covar. p. 2. de matrim. c. 3. §. 8. num. 8. Tulden. d. n. 9. .* An vero & quatenus secundum jura, quæ nunc obtinent, recipi possit constitutio *Justiniani in l. ult. C. de dot. promiss.*, quam singularem & satis mirabilem appellat *Christin. vol. 3. decis. 132. n. 24.*, & tamen usu forensi receptam prædicat, eo quod secundum eam in Camera Imperiali judicatum testatur *Mynsingerus cent. 5. obs. 32. n. 2.*, vide *Groenevv. tract. de legib. abrog. ad d. l. ult.*, ubi bene & solide ostendit non posse eam constitutionem moribus horum temporum sine vitio applicari aut in praxi recipi, licet secundum jura illius temporis, quo composita & a Justiniano promulgata est, ratione & æquitate non careat: quod etiam non obscure innuit *Tulden. ubi sup. num. 6.*

C A P. XV.

An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit?

Donationem inter virum & uxorem jure nostro prohibitam esse constat, *tit. ff. & C. de donat. int. vir. & uxor.* Ratio sumenda a blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & diffidii, quin & divortii quærere possit; cui adde quæ referuntur in *l. 1. & l. 2. ff. d. tit.*, & docte explicantur a *Connano l. 8. comm. c. 11.* Sunt tamen nonnullæ hic exceptiones & nonnulli casus, quibus hanc donationem valere placet: veluti si donator non fiat pauperior, imo si donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior, *l. 5. §. concessa 8. & §. cum igitur 16. ff. eod. tit.*; si donationes sint reciprocæ, *l. 7. §. 2. ff. eod.*, aut remuneratoriæ insignis alicujus operæ aut officii, *arg. l. hec jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. ff. de donat.*; si mortis causa donatio fiat, *l. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de donat. int. vir.* Etsi autem his causis, & si quæ sunt similes, exceptis, ceteræ donationes inter virum & uxorem non consistunt; placet tamen morte donantis

tis eas confirmari, *l. res uxoris 24. & l. seq. C. de donat. int. vir. & ux.*, quod effectum est oratione Severi & Antonini, quæ refertur & explicatur ab *Ulpiano in l. cum hic status 32. ff. cod.* Infirmæ vero manent, quamdiu mors donantis nondum secuta est; ac proinde præmoriante donatario evanescent, quoniam tunc confirmationi locus esse amplius non potest. Quæsitum autem est, & eleganter quæsitum, si conjux conjugii rem non tradiderit, sed donationis causa tantum promiserit, subsisteritque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipsa κατὰ προσωπίαν, donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut superstiti donatario contra donantis defuncti heredem exactio promissi detur. Res non caret scrupulo. *Glossa, Bartolus, Baldus, & DD. comm. in l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir. & ux. Costal. ibid. Connan. lib. 8. comment. cap. 11. Mant. lib. 21. de tac. & ambig. conv. tit. 7. num. 32. Scip. Gentil. lib. 3. de donat. int. vir. & ux. cap. 38. Mynsing. cent. 2. obs. 33. num. 3.* statuunt, hoc casu cessare orationem, nempe morte donantis conjugis non confirmari donationes, quæ verbis tantum promissæ sunt, sed eas solas quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ sunt; heredem autem conjugis ex sola promissione conveniri non posse, licet non revocata voluntate conjux decesserit. Atque his ego me adjungam socium. Rationes, quæ me impellunt, hæc sunt. I. Quod non videatur plene & cum effectu donare voluisse, qui tantum promisit, neque dedit: & quia fidem suæ donationis non præstitit, pœnituisse existimandus est. Imo nec revera & proprie donatio subsistens in terminis conventionis donatio est, sed de dando conventio. Proprie enim nemo donare intelligitur, nisi qui & tradat, *l. 1. ff. de donat.* Donatio est doni datio, *l. senatus 35. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* Unde donatio opponitur stipulationi & promissioni, *l. 3. §. 10. l. 23. ff. de don. int. vir.* II. Quia non est novum, ut conventio, quæ alias per se prorsus nulla est, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam causam facilius confirmari debeat, *l. 1. §. ff. de acq. poss. vir 4. & ibi Bart. ff. de acq. poss.* III. Movet textus in *l. cum hic status 32. §. 2. ff. de donat. int. vir. & ux.*, ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum esse, ut eripia-

tur donatario ab herede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini potest, nisi quod jam habet, quod traditum sibi tenet ac possidet. IV. Quoniam alias nulla in proposito dari posse videtur differentia inter donationem mortis causa, & donationem inter vivos, *arg. l. 32. ff. de mort. ca. don. & l. 11. pr. ff. de don. int. vir.*, quarum illa tamen inter conjuges permessa, hæc vetita. V. Textus expressus & rotundus in *l. Papinianus 23. ff. de donat. int. vir. & ux.*, ubi Ulpianus sententiam Papiniani probat, existimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promissiones: ideoque si maritus uxori suæ stipulanti tantum spondidisset, non etiam tradidisset, marito mortuo heredem ejus conveniri non posse, licet durante voluntate maritus decesserit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæstio proposita deciditur, & secundum quod nobis visum apertissime pronuntiatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum *Ant. Faber lib. 2. conject. 8.* respondet, Ulpianum memorare tantum sententiam Papiniani, non probare; cum diserte Ulpianus dicat Papinianum recte putasse, &c. ? Sed scilicet, si fides *Ant. Fabro vox recte* ab imperito Interprete addita est, & ideo tollenda. *Schifordigerus* autem *lib. 1. Tract. 11. qu. 8.* de via Magistri sui nonnihil deflectens, putat ex duabus sententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem duntaxat Ulpiano probari, posteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in posteriore non repetit particulam *recte*: quasi vero ea repetita non intelligatur ἀπὸ κοινῆ, aut posterior assertio Papiniani non dependeat, tanquam necessarium consequens, a priori. Denique si posteriorem non æque ac priorem probasset Ulpianus, haud dubie id expressisset, nec sine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variasse Ulpianum, & Papiniani sententiam, quam prius probaverat in *d. l. Papinianus*, postea improbasse in *d. l. cum hic status*. At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum suam ipsius sententiam mutasse postea, & probasse Papiniani in *d. l. Papinianus*? In *d. l. cum hic status* § 1. loquitur obscurius: & locus iste aliam interpretationem, quam quæ ab illis affertur, pati potest, ut postea demonstrabitur. At in *d. l. Papinianus* nulla obscuritas,

plana & aperta Jurisconsulti sententia. Fateor tamen & contrariam sententiam non levibus niti argumentis, eamque habere assertores egregios, interque eos *Corasium lib. 5. misc. c. 1. Ant. Fab. & Schifordig. ubi supra*. Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter responderi possit.

Primum ducitur ex *l. cum hic status 32. §. sive autem 23. ff. de don. int. vir.*, ex quo loco sic illi colligunt: Quæcunque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata est, *d. §. sive autem*. At constat nec valuisse promissionem donandi causa factam, *l. 3. §. sciendum 10. ff. eod.*: ergo & illa ex eadem oratione valet. Respondeo, in hoc argumento concedi sibi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ, quod est in quæstione, nempe an omnes quocunque modo factæ donationes per orationem sint confirmatæ. Nam *textus* in *d. l. cum hic status 32. §. sive autem 23.* commode restringi potest ad donationem veram ac proprie dictam, plenam scilicet & perfectam, quæ sit consummata vel per traditionem actualem, vel per acceptilationem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione sit, ut in *l. 3. §. ult. ff. eod.*, ut hisce modis, & si qui id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d. §. 23. d. l. 32.*, ubi expresse agitur de remissione obligationis facta per acceptilationem, in qua est fictio brevis manus, tanquam res soluta, & mox donationis causa reddita esset. Sed ajunt etiam stipulatione perfici donationem. Quis negat? Imo ex constitutione Justiniani etiam nuda conventionem perficitur donatio, cum scilicet donator voluntatem suam scripto aut sine scripto manifestavit, *§. 2. Inst. de donat. l. si quis 35. C. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio duntaxat, non rei promissæ dominium. Vere autem & plene demum perficitur & consummatur donatio promissi & doni præstatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, simul atque de pretio convenit: non ante tamen pro consummata habetur, quam res tradita sit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, proprie donatio ipsam rei translationem significat: quam

ob causam etiam inter modos acquirendi domini numeratur,
Inst. de donat. in pr.

Secundum argumentum sumitur ex *d.l. cum hic status 32. §. 1.*, ubi Jurisconsultus ait, oratione inductum esse non tantum, ut res fiat ipso jure ejus, cui donata est, sed etiam ut obligatio sit civilis: quod postremum non nisi de stipulatione donandi causa facta putant intelligi posse. Sed quidni verba ista Jurisconsulti de eo casu accipi possunt, quo aut nomen conjugii donatum est & cessa actio, aut evictionem promittit donator, quomodo & Accursius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum sibi non constituisse, aut Papinianum a reliquis dissensisse Jurisconsultis. Addit Accursius & alium casum, nempe si alter alteri debitum per acceptilationem remiserit: sed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertio non parum juvare videtur contrariam sententiam, quod ab *Ulpiano* responsum est in *l. si stipulata 33. ff. eod.*, si mulier annum stipulata fuerit, & manente matrimonio maritus decesserit, donationem (*Haloander & Duarenus* legunt *stipulationem*) ex S.C. confirmari. Respondet Bartolus, confirmari quidem hoc casu donationem, sed non ultra, quam ante ex stipulatione præstitum est a marito juxta *d.l. Papinianus ff. eod.*. Ego autem puto recte defendi posse, ex promissione annui etiam ejus nomine, quod præstitum non est, heredes mariti, qui promisit, teneri, sed non aliter, quam si maritus re ipsa jam solvit aliquid de illo annuo, puta si unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promissio, & postea cessavit. Hoc, inquam, casu puto reliquorum annorum debitum ab heredibus exigi posse, propterea quod hic promissor ipso facto voluntatem suam satis declaravit: quanquam nec absurdum est in promissione annui ceu alimentorum statuere exceptionem. Plane non est existimandum, donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quarto, in contrarium urgent *l. 2. C. de dot. cant. non num.*. Sed ad hunc locum facilis responsio est, nimirum cum vir donandi animo aliquod incrementum in dotem adscribit,

ut

ut in specie *d.l.2.*, quasi traditionem factam videri, per fictionem scilicet brevis manus, cujus eadem vis est, quæ veræ, *l.3. §. pen. & ult. ff. de donat. int. vir. & ux.*; neque aliter traditionem talis incrementi fieri solere. Cum enim dos ipsa constante matrimonio penes maritum esse debeat, & consequenter etiam incrementum dotis, *l.4. ff. de jur. dot.*, absurdum esset id tradi mulieri, & statim a viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac si revera traditum esset, actione rei uxoriæ ab heredibus mariti uxor recte petet. Bartolus in eandem sententiam tribus verbis respondet, esse in *d.l.2. C. de dot. caut. non num.* traditionem fictam, quæ idem operetur, quod vera. Ultimo objicitur communi sententiæ *Novell. 162. cap. 1.*, ubi expresse etiam quævis promissio donationis causa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, post mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus, quod in conventionem deductum est, datur condictio. Verum cum novum jus illic aperte introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis sententia recte defenditur. Quid ergo? An novo jure vera est contraria sententia, & secundum eam pronuntiandum? Sane quidem secundum illam *Novellam*. Sed ego dubito an *Novella* ista in praxi & foro sub auctoritate legis allegari possit: quoniam in vulgatis editionibus desideratur, & demum a Neotericis ex Græco translata, & volumini *Authenticorum* inserta est. Unde nec a plerisque allegatur, ne quidem a *Corasio* aut ipso *Ant. Fabro*. Sed neque videtur esse *Justiniani*, verum alius & incerti *Principis*: ideoque nec addita est inscriptio alicujus *Imperatoris*. Quid hic juris nostris & *Galliæ* moribus, vide *Groenevv. de ll. abrog. ad l. 1. C. de donat. int. vir. & ux.*

C A P. XVI.

*An cum testator prohibuit inventarii confectiorem, etiam
necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori
remissa intelligatur.*

Tutores omnes & curatores, cujuscunque generis sunt, non ante debent se miscere administrationi sibi commissæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adulatorum, nominumque & instrumentorum solenniter sub præsentia publicarum personarum confecerint, *l. tutor 7. pr. ff. de admin. tut. l. tutores 24. C. cod. l. ult. §. 1. C. arbitr. tut.*, solo patre legitimo administratore secundum communem Interpretum sententiam excepto, *Montan. de jur. tut. cap. 32. reg. 5. de confect. invent. nu. 88.* Est autem inventarium hoc fundamentum administrandi bona, & caput reddendarum rationum, *l. 1. §. 3. ff. de tut. & rat. distr.* Inde enim promtum est, quod alias vix fieri posset, cognoscere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis sit diminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quasi suspecti removentur, vinculisque publicis continentur, tanquam rerum pupillarum spoliatores & prædones, & infamia notantur, *l. 3. §. tutores qui repertorium non fecerunt 16. ff. de susp. tut.* (in editione Florentina illa verba desunt, & initium §. est, qui pecuniam) *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam, *d. l. 7. pr. ff. de adm. tut. l. 2. C. de in lit. jur. Covar. var. resol. lib. 2. c. 14. in fin. & n. 5. Montan. d. loc. n. 20. & multis seqq.* Postremo, non ante quam inventarium publice confecerint, & secundum morem solitum res iis traditæ fuerint, ullam habent administrandi, aut vel attingendi bona pupillorum adulatorumve facultatem, *d. l. ult. §. 1. C. arbitr. tut.* Sunt tamen nonnulli casus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur: vel si justa causa impediatur, quominus tutor statim aut suo tempore (de quo vide *Montan. d. loc. n. 29.*) inventarium facere possit, puta si morbus fonticus eum tardet, *d. l. tutor. pr. & ibi*

Bartol. n. 17., aut si causa non admittat dilationem, & res pupillo non obsit sed profit, *l. ult. C. de tut. qui sat. non ded. d. l. tutor.* & *ibi Bart. n. 27.* Est & alia eaque insignis exceptio, nempe si testator expressim prohibuerit inventarium fieri, *d. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* Idemque juris esse plerique putant, etsi testator non expresse prohibuerit fieri inventarium, sed tantum simpliciter tutori remiserit necessitatem inventarium faciendi, *Bart. in l. nemo potest 55. nu. 12. ff. de legat. 1. Guid. Pap. decis. 352. Clar. §. testamentum quæst. 66. nu. 4. Montan. d. loc. n. 98. Moller. lib. 1. semestr. c. 39. n. 12. Gothofr. ad d. l. ult. §. 1.*; quasi nihil interfit, utro horum verborum testator usus fuerit, *remitto*, an *veto* sive *prohibeo*: quod tamen vix est, ut probare possim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult non fieri, sed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando testator suo & pupillorum suorum pudori consulere velle intelligitur, quæ justa causa est: remittendo tantum gratificatur tutoribus, quæ causa non videtur esse sufficiens. Sane *Justinianus in d. l. ult. §. 1. C. arb. tut.* non aliter tutores a necessitate faciendi inventarii absolvit, quam si testator specialiter inventarium conscribi vetuerit: quod & *Jaso in l. nemo potest 55. ff. de legat. 1. in col. 10.* notat, & sequitur *Chassan. ad consuet. Burgund. in gloss. verb. par inventaire, tit. des enfans de plusieurs liets n. 27. Joan. Dilect. de art. test. tit. 7. cautel. 3. n. 2. Damboud. in patrocina. pup. tit. de tut. & cur. mun. to. 1. n. 17. Christin. ad stat. Mecklin. tit. 19. art. 12. n. 7. Bus. ad l. 7. pr. ff. de adm. tut. n. 3.*, & in puncto juris verius esse tantum non fatetur *Clar. d. quæst. 66. nu. 5.* Causam autem prohibitionis hanc ferme habent testatores, ne patrimonii secreta & æs alienum pandatur, *l. 2. C. de alim. pup. prest.*, & ne, ut alibi ajunt *Impp.*, opulentia ad invidiam, aut paupertas ad contemptum publicetur, *l. 2. pr. vers. sed ubi quarta C. quand. & quib. quart. pars*, ac creditur pater pro pietate sua liberis optime prospectum voluisse, *l. nec in ea 22. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Solent autem judices huic prohibitioni testatoris plerumque acquiescere, quanquam non præcise coguntur eam sequi: nam si pupillo secus expedire intelligant, poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad solen-

nem inventarii confectioem, per textum aureum in *l. utilita-
tem* 10. ff. de confirm. tut. l. 5. §. Julianus 7. ff. de adm. tut. l. 7.
vers. nec tamen ff. de ann. leg. & simil.: quemadmodum & vice
versa ipse iudex interdum ex justissima causa necessitatem
conficiendi inventarii tutori remittere potest, etiamsi testator
non prohibuerit inventarium fieri, puta si forte non condu-
cat facultates pupilli patefieri, arg. l. 2. §. ergo etiam 45. & seq.
ff. ad S. C. Tertull. l. 2. C. de alim. pup. præst. vide Bart. ad l. 7.
pr. ff. de adm. tut. nu. 19. Ckassan. ubi supra nu. 26. Montan. d.
reg. 5. n. 108. Christin. d. art. 12. nu. 7. 8. 9. Thulden in Cod. de
admin. tut. nu. 2. Groenevv. tract. de legib. abrog. ad l. ult. C. ar-
bitr. tut.

Illud eleganter quæsitum, an prohibita inventarii con-
fectione hoc ipso censeatur testator etiam rationum reddend-
darum necessitatem tutori aut curatori remisisse? Affirmant
Damhond. in patroc. pupill. c. 4. n. 15. Molin. in consuet. Paris.
1. p. §. 6. gloss. 6. nu. 12. Moller. 1. semestr. 39. n. 6. & plures ibid.
alleg. Firmamentum hujus sententiæ est, quia absque inven-
tario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput
est & fundamentum: atque ut Molineus post Gem. in cap.
generali col. 2. de elect. in 6. ait, sine inventario non potest
confici & verificari primum & principale caput libri ratio-
num, quod est de receptis: & Damhouderus paria esse, remit-
tere rationum reddendarum necessitatem, & absolvere tutorem
a confectioe inventarii: atque ideo hæc valere *εις ἀναπόδερα*,
cui remissæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: &
quem testator a confectioe inventarii absolvit, is nec tene-
tur reddere rationes. Ceterum verior est contraria sententia,
negantium scilicet, prohibitione inventarii conficiendi neces-
sitate reddendarum rationum tutoribus simul remissam
censeri. Longe enim melius est & probabilius, ut dicamus
prohibitionem istam pertinere duntaxat ad solennem inven-
tarii confectioem, quæ fit interventu publicarum persona-
rum, & ita ut exemplar mox magistratui exhibendum sit,
(quod nos dicimus, *staat ende inventaris in handen van de
Vveesmeesteren leveren*, Grot. lib. 1. introd. ad jurisp. Bat. cap. 9.)
quæ prohibitio ideo fieri a testatore solet, ne secreta patri-
monii

moui ejus evulgentur, ut ante dictum est, & ne scrupulosa fiat inquisitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatam ac descriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expensa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis a testatore factæ cessat. Quod si ne id quidem voluisset testator fieri, re ipsa etiam dolum futurum & fraudem testator remisisset: quod nec facere debet, nec potest, *l. ita autem 5. §. Julianus 7. ff. de adm. tut. Joan. Dilect. de art. test. tit. 7. cautel. 2. nu. 3.* Quapropter dicendum est, etiam hoc casu, ubi talis prohibitio facta est a testatore, privatam tamen repertorium & privatam annotationem a tutore fieri oportere: ne si postea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid gessisse dixerit, non habeat quo id probet, aut tutor quo se defendat. Poterit autem se defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit, si non refutetur manifestis probationibus, *arg. l. 2. pr. vers. sed ubi quarta pars C. quand. & quib. quart. pars, ita Busius ad d. l. 7. nu. 6. ff. de adm. tut. Christin. ad consuet. Mecklin. d. tit. 19. art. nu. 19. & ibi citat., & hæc vi ipsa etiam Mollerii sententia est loc. sup. not. nu. 8., & facit huc l. si servus 119. ff. de legat. 1. & l. cum tale 72. §. quid ergo 3. ff. de cond. & demonstr.* Quid quod ne illud quidem concedendum est, posse patrem testamento suo cavere, ne tutor, quem liberis suis dat, obnoxius sit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non sibi, sed pupillis suis competituro disponderet, quod admittendum non est, *d. l. 5. §. Julianus 7. ff. de adm. tut. D. Præses Everhard. consil. 211. n. 14.* Quod vero ibidem refert casum, ubi a marito cautum, ne uxor & mater liberis suis rationes reddat aut reliqua restituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis antenuptialibus, quibus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta postea constante matrimonio testamento mariti confirmata sunt, ut bene ibi ostendit idem D. Præses. Superioribus non obstat, quod minor curator suo legare aut per fideicommissum relinquere liberationem & re-
 missionem

missionem reddendarum rationum potest, *d.l.5. §. Julianus 7. in fin. ff. de admin. tut. l. cum necessitatem 18. C. de fideicom.*; quia qui ita disponit, de jure suo disponit, non de alieno. Et quidem si filius patri tutori aut matri tutrici quondam suæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum est, quam si quis ita legaverit personæ extraneæ, cujus in curatione est, aut fuit, *l. Aurelius 28. §. Titius testamento 3. ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio 20. §. 1. ff. eod.*: vide de hujusmodi liberatione a reddendis rationibus legata *Covar. lib. 2. var. resol. c. 14.* Igitur, ut evicimus, quando testator prohibet, ne is, quem liberis heredibus suis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum a solennis inventarii confectione eum liberasse intelligitur, non a confectione repertorii privati, aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permissum quidem hoc patri sit. Non eadem causa est heredis, cui testator interdicit, ne inventarium faciat, aut confectionem inventarii remittit: nam is nihilomagis defungi potest repertorio & descriptione privata: sed non obstante illa sive interdictione sive remissione, inventarium cum omni solennitate facere tenetur, nisi solidum creditoribus hereditariis solvere paratus sit. Ratio est, quia nemo quicquam in testamento cavere potest in præjudicium creditorum suorum, *Bart. in d. l. nemo potest, ff. de legat. 1.* Putarem autem posse testatorem heredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommissariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, sed de lucro certant: non enim par eademque ratio est debita sibi amittere, & lucra non capere, *l. ult. §. 2. in fin. C. de codicill.* Et cum testator potuisset omnino non legare, quidni & modum legato ponere possit? *arg. l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.*; sicut & satisfactionem legati vel fideicommissi nomine remittere potest, *l. pen. C. ut in poss. leg.*, quod est notatu dignum: & ita est in *Adversariis practicis Hogerbetii, vulgo Papegaay-boek.*

C A P. XVII.

Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero tantum ut voluntas ultima intestati?

Dispositiones testamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione solennitatum, puta si pauciores quam septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solennitatem ordinationis pertinet, omissum fuerit, *l. si unus 12. l. hac consultissima 21. in fin. pr. & §. 1. C. de testam.*: altero modo ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interceptus, aut furore correptus sit, aut obmutuerit five vox eum defecerit, *l. si is qui 25. ff. qui test. fac. l. furiosum 9. C. eod. §. pen. Inst. quib. mod. test. infirm.*. Sive autem ob aliquem solennitatis five ob voluntatis defectum testamentum imperfectum sit, constat tale testamentum inutile esse, ac ne jure quidem voluntatis intestati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem singulari placuit parentum testamenta, licet imperfecta sint, valere inter liberos, *l. hac consultissima 21. §. 1. & auth. seq. C. de testam.*. Cujus juris ratio hæc est, quod in parentibus cessat omnis fraudis & inductionis suscipio; atque ut illi optime sciunt, quid liberis eorumque singulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præsumi debent, bene prudenterque in singulorum persona disposuisse. Et quidem certi juris est, valere inter liberos testamentum parentis, quod imperfectum est propter omissionem requisitarum alias solennitatum. Sed quod imperfectum est ratione dispositionis & voluntatis, ex communi Interpretum sententia nec inter liberos valet, *Clarus §. testamentum quest. 9. post Bart. & alios in d. l. 21. §. 1. C. de testam. Gail. lib. 1. obs. 112. num. 14.*, quam sententiam & Cuiacius probat in *l. si is qui 25. ff. qui test. fac.*, eo quod hic vitio aliquo heredum interrumpitur institutio, & *Fac. arg. in l. Lucius Titius 40. pr. ff. de testam. mil.*. Quod autem de cepto

testamento & nondum impleto dicitur in *l. ult. pr. C. famil. ercisc.* ad solennitates referunt: nempe si pater solemne testamentum condere voluerit & cœperit, licet solemnia postea adhibita non sint, nihilominus voluntatem sustineri, *Bart. in d. l. si is qui, Salic. in d. l. ult. post. Gloss. ibid.*. Atque ita ipse *Constantinus* verba sua in *pr. d. l. ult.* posita postea interpretatur, *etiamsi*, inquit, *solennitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta*. Non est tamen sine ratione, quod *Costalius in l. si filia 20. §. si pater 3. ff. fam. ercisc.* communem sententiam sic temperat, ut si pater omnia inter liberos divisit, illa divisio rata habenda sit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare, morbo oppressus sit, *arg. d. l. si filia §. 3.*. Quod nec *Diod. Taldeno ad Cod. de testament. num. 3.* displicet: sed hoc in medio relinquimus. Extra controversiam igitur positum est, testamentum parentum inter liberos valere, etsi in eo solennitates jure communi requisitæ observatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrum talis parentum dispositio valeat jure testamenti, an vero duntaxat sustineatur ut ultima voluntas intestati? Prius asserunt *Castrens. Alex. Ias. in d. l. hac consultissima 21. §. 1. C. de testament.*, quos sequitur *Gilken. ibid. num. 9. Bachov. ad Treutl. disput. de testament. thes. 6. litt. H, & DD. comm.*. Posteriorius *Ant. Fab. dec. 35. err. 3. Schifordig. lib. 2. tract. 11. fere per tot. Fachin. 4. contr. 4.*, allegans *Glossam in d. l. hac consultissima §. 1.*, quæ tamen ibi nihil tale affirmat, sed aperte contrarium tenet in *l. filii 16. C. famil. ercisc.*. Haud facile quid hic statuendum sit, judicare poterimus, nisi prius constitutiones omnes, quæ circa hanc rem scriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem constitutiones complures. Prima est *Diocletiani & Maximiani in l. filii 16. C. fam. ercisc.*, ubi jubent Imperatores, etiamsi iudicium patris tam circa testamentum, quam circa codicillos deficiat, si tamen quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit, arbitrum familiæ erciscundæ voluntatem patris sequi, licet ei ab intestato succedatur. Secunda est *Constantini in l. ult. C. eod. tit.* in eandem sententiam. Sed *Constantinus* idem constituit, etiamsi liberi non sint in potestate, sed emancipati; & licet non verbis, sed quibuscumque

buscumque indiciis aut signis voluntatem suam pater declaraverit. Tertia est *Theodosii in d.l.hac consultissima* §.ex imperfecto 1. C. de testam., qui jus hoc singulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad ascendentes utriusque sexus, ἀνιόντας ἐκατέρας φύσεως, ut hæc etiam a Justiniano memorantur in præfat. Nov. 107. . Quarta est Justin. in Nov. 18. c. 7. unde *auth. si modo C. fam. exercisc.*, quæ pertinet ad divisionem factam per scripturam extra testamentum & codicillos, puta per epistolam: cui scripturæ, ut rata ac firma sit, Imperator vult subjici vel ipsius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, subscriptionem. Quinta & ultima est ejusdem Principis in Nov. 107. c. 1. & 2., unde sumtæ sunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici insertæ sunt in *d.l.hac consultissima*, *auth. quod sine*, & *auth. hoc inter*, ubi certam formam hujusmodi parentum scriptis dispositionibus Justinianus præscribit, & priores Constantini & Theodosii constitutiones uno atque altero casu corrigit. Primum cavet, ne qualiscunque scripta dispositio inter liberos valeat, sed ea duntaxat, quæ sit ὀλογράμματος scripta plenis literis, sine signis aut abbreviaturis, & scripta aut subscripta a parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus heredes instituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Constantinus & Theodosius plane excluderant, iis legata & fideicommissa relinqui permittit: quo tamen casu noluit sufficere scripturam, nisi testes intervenerint, *d. c. 1. vers. si tamen uxori*; quod ab Irnerio omissum in *d. auth. quod sine*. Jam ut ad quæstionem propositam revertamur, puto eos recte sentire, qui imperfectam inter liberos parentum dispositionem valere existimant jure testamenti, non autem tantum ut voluntatem intestati: utique si ponamus in tali dispositione liberos etiam heredes institutos esse, quia sine heredis institutione testamentum intelligi non potest, *arg. d. l. hac consultissima* 21. §. 1. C. de testam. & *d. Nov. 107. c. 1.*, ubi talis parentum dispositio, testamentum, διατύπωσις, διαθήκη, & parentes ita disponentes διαθέμενοι, testatores appellantur, atque in eo testamento heredes recte instituuntur. Omnis autem scriptura, qua

heres recte instituitur, testamentum est. Nec obstat, quod dicatur testamentum imperfectum, nam & testamentum militis imperfectum dicitur, *l. 2. ff. de injusto rupt. test.*, ex quo tamen æque atque ex perfecto & solenni succeditur. Testamentum autem imperfectum factum a parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & rusticorum testamenta sæpe imperfecta sunt ratione numeri testium & subscriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujusque perfecti testamenti habent, *l. ult. C. de testam.* Quæ omnia argumento sunt, non eo minus ex testamento jure speciali legibus solennitatum soluto succedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum testamento solenni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali testamento & liberis prælegata, & ex constitutione Justiniani extraneis non modo fideicommissa, verum & legata relinqui possunt, *d. auth. quod si ve, quæ tamen non nisi ex testamento valent, §. præterea. Inst. de fideic. hered.* Fortissimum autem hujus rei argumentum est, quod hujusmodi testamentum parentis non rumpatur, nisi alio testamento omnibus modis perfecto: imo nisi & posterius perfectum fuerit, & parens simul testatus sit se prius revocare, *d. auth. hoc inter*, de quo vide *Clar. d. §. quæst. 98. Grass. §. testam. qu. 86. Boer. dec. 240. Coren. decis. 39. suprem. Cur. Holland.* Denique, quod nimis absurdum est, alias sequeretur Patrem jure privilegiario non nisi codicillos inter liberos facere posse. Ceterum multa huic sententiæ obstare videntur. Primum, quod ex ratione juris non videatur posse pro testamento haberi illa dispositio, quæ testium adminiculo non indiget. at sola scriptura, quam patris esse constat, etiam sine ullo teste hic sufficit ex communi & vera opinione, *Gail. 2. obs. 112.* Sed hoc leve est: nam testamentum non ex eo dicitur, quod coram testibus fiat, sed quod sit mentis & voluntatis nostræ ultima testatio. Explosione perfecto dignus esset, qui sic argumentaretur: Non est necesse, ut in testamento militis per scripturam testantis ulli testes adhibeantur: ergo talis dispositio militis non videtur esse testamentum. Secundo objicit Ant. Faber, quod in hujusmodi imperfecto testamento non possunt liberi exheredari. Sed nusquam hoc scri-

scriptum est, & communis opinio est in contrarium, teste *Claro d. §. testamentum quæst. 13.* Demus tamen esse verum, non posse scilicet liberos in tali testamento exheredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicasse dicitur, quid tum postea? In exheredatione apud nos requiritur, ut testes sint Scabini, an ideo dispositiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus testibus non Scabinis, non valebunt ut testamenta? Tertio huic sententiæ objicitur *l. hac consultissima 21. §. si quis autem 3. C. de testament.*, ubi si cum in priore testamento perfecto scripti sunt extranei, in posteriore autem imperfecto, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet quidem infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tanquam testamentum, sed tantum tanquam ultimam voluntatem intestati. Respondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius est, quam agnatorum, illationem fieri posse. Imo ex contrario, cum in casu *d. §. si quis autem Theodosius* expresse sanciat, ut posterior imperfecta scriptura non quasi testamentum, sed tantum quasi voluntas ultima intestati valeat, recte colligas, voluisse eum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in *d. l. 21. §. 1.*, valere quasi testamentum, quoniam eam valere & tenere vult absolute & simpliciter. Postremo objiciuntur constitutiones duæ. Prima est *Diocletiani & Maximiani in l. filii 16. C. famil. ercisc.*, cujus hæc est sententia: Si pater neque testamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, sed in iis iudicium suum circa rerum divisionem deficiat: si tamen quibuscunque verbis voluntatem suam declaravit, quoad bonorum inter liberos divisionem, hanc patris voluntatem, licet ab intestato ei succedatur, iudicem familiæ erciscundæ sequi oportere. Sic enim verba, *si tam circa testamentum, quam codicillos, iudicium ejus deficiat*, accipienda sunt, non ut cum Glossa & plerisque aliis ea accipit Gothofredus, quasi scriptum esset, si solennitates in testamento aut codicillis requisitas pater non observavit. Nam codicilli nullam solennitatem desiderant, *l. 6. §. 1. ff. de jur. codicill. §. ult. Inst. eodem*; & demum longe post tempora Diocletiani

aliqua desiderari cœpit a *Theodosio l. ult. §. ult. C. eod.*, nec tam voluntas aut iudicium, deficiente aliqua solennitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de divisione hereditatis obventuræ inter liberos facta a parente intestato vel extra testamentum, quod sæpe & convenienter juris auctoritati fieri solebat, *l. si filia 20. §. si pater 3. ff. fam. ercisc. l. parentibus 8. C. de inoffic. testam.*, ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam postrema constitutionis verba ostendunt, dum ajunt hoc ipsum, quod constituunt, etiam juris auctoritate significati; optime *Gudelinus lib. 2. de jur. nov. c. 4. circa fin.*. Nil igitur est in ea constitutione, quod nostræ & communi sententiæ obstet; non illa verba, *Licet ab intestato ei fuerit successum*, quæ *Fachinæus & Ant. Faber* urgent. Tunc enim patri ab intestato succeditur, cum testamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera constitutio, quæ objicitur, est illa *Constantini in l. ult. C. fam. ercisc.*, ex qua constitutione etiam eo casu, quo pater inter liberos testatus est, sed dispositione imperfecta, qui casus in principio ponitur, non aliter quam ab intestato succedi videtur, arg. verb. *licet ab intestato ad successionem liberi vocentur*, & quia hic etiam paterna illa dispositio non vi propria, sed externa, nempe officio arbitri familiæ erciscundæ sustinetur. Respondent plerique cum *Accursio*, verba illa, *Licet ab intestato, &c.* referenda esse ad casum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epistolam vel quibuscunque verbis indicivse voluntatem suam significavit. Et quidem eo commode referri possent, si ipso jure aut vi paternæ dispositionis voluntas patris effectum sortiretur: sed quia non nisi ope iudicis familiæ erciscundæ voluntas patris exitum habere potest, quod est argumentum eam voluntatem non valere ipso jure, *l. 2. C. de inoff. donat.*, melius est, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum esse primum constitutione *Theodosii, d. l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam.*; deinde, & quidem maxime, constitutione *Justiniani Nov. 107. c. 1.*, quibus diferte cavetur, ut voluntas parentum liberos suos imperfecto testamento instituentium teneat ac rata sit simpliciter, ac proinde ipso jure sine ullo adminiculo externo. Ex his, ut

opinor, occurri poterit & ceteris, quæ forte huic sententiæ ab aliis objiciuntur.

C A P. XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta dispositio inter liberos ex privilegio valeat?

NON ignobilis quæstio est, an ut scripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus testibus, aut paucioribus utique, quam septem, jure singulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus glossator, cujus sententiam ex veteribus secuti *Fulgosius* & *Salicetus* in *auth. quod sine C. de testam.*. Ceteri vero Interpretes tam veteres, quam recentiores, in contrarium ivērunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini causam a ceteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico appellat, desertam rursus suscepit, atque acriter speciosis argumentis defendit *dec. 35. err. 4. & dec. 36. err. 9.* Sed videamus an tam absona, ut Faber putat, a ratione juris constituti, omnique legum auctoritate destituta sit illa Interpretum communis sententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos dispositionem subsistere. Unum autem in effectu argumentum est, quo Faber hanc sententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & constitutiones, quæ circa parentum dispositiones non solennes promulgatæ sunt, tantum loquantur de scriptis parentum voluntatibus, *l. ult. C. fam. ercisc. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto C. de testam. Nov. 107. c. 1.*, unde sumpta *auth. quod sine C. d. tit.*. Quod attinet ad illam novelam Justiniani constitutionem, fateor verum esse, quod dicit: neque enim forma, quæ illic præscribitur, convenit voluntati ἀγράφω, sed cur de non alia quam scripta parentum voluntate ibi agat Justinianus, postea intelligetur. Sed & forte etiam *Theodosius* in *d. §. ex imperfecto* per testamentum imperfectum non aliud intellexit, quam quod per scripturam factum est, quoniam non de aliis, quam de scriptis testamen-

tis in principio constitutionis locutus fuit, quanquam hujusmodi collectiones præsertim in rescriptis Principum non sunt necessariæ: atque ut id, quod dicitur in *d. §. ex imperfecto*, aliorum testamenta imperfecta non tenere, generaliter verum est, sive scripta sint sive nuncupativa; ita etiam generaliter accipi potest & debet; sic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum testamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & sine exceptione intelligi potest. Et forte ideo Theodosius postea, cum de testamentis nuncupativis tractat, nullam subjicit exceptionem. Sed neque ex *l. ult. C. fam. erisc.*, quæ Constantini est, constans & firmum argumentum pro Martini sententia deduci potest. Etenim ex eo quod Constantinus meminuit epistolæ & cujuscunque scripturæ, minime sequitur voluntatem parentum sine scriptura verbis apud testes declaratam ratam non esse. Prius enim & testamenti meminuit & codicillorum, quæ utique & sine scriptura fieri possunt. Neque illa *Constantini* verba, *Sive quocunque alio modo scripturæ, &c.* respiciunt totum antecedens, sed proximum duntaxat, & illa, *Seu epistola parentis, &c.*, ut hic sit sensus, sive non testamentum aut codicilli, sed tantum epistola parentis relicta inveniatur, sive quodlibet aliud scriptum, quo vel verbis, vel quibuscunque indiciis voluntas parentis significetur. Et utique non est verisimile eum, qui vult subsistere voluntatem patris quocunque scripto & quibuscunque indiciis declaratam, nolle servari voluntatem patris verbis coram testibus nuncupatam, licet paucioribus quam septem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittat, ὡς ἐμάντεων μάλλον, ἢ ἐρμυνέων ταῦτα προσδεῖσθαι, ut Justinianus loquitur in *d. præfat.*, eum manifesta velle rejicere. Postquam satis sibi probasse visus est Antonius Faber, ex solo testamento imperfecto, quod per scripturam a parente factum est, voluntatem inter liberos custodiri, non autem ex eo quod factum est per nuncupationem, hujus diversi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falsi comminiscendi ratio præripiatur; multa enim esse in jure nostro, quorum probatio per scripturam permissa, per testes prohibita, quasi semper minus suspecta sit probatio,

tio, quæ fit per qualemcunque scripturam, quam quæ per testes, licet omni exceptione majores : quod minime ei concedendum est, per *l. in exercendis 15. C. de fid. instrum.*, & constat quam fallax sit probatio per comparationem literarum, *l. comparationes 20. C. eod.*, quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime si scriptor usus sit notis quibusdam aut signis, qualis tamen parentum scriptura ex lege Constantini inter liberos rata est.

Denique, si vera est illa Antonii Fabri ratio, cur æque in testamento scripto testes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncupativo? Verum quidem est, nullorum magis interesse, quam ipsorum parentum, ne falsum pro vero eorum judicio subjiciatur: sed male inde colligit Faber, ex eo esse, quod scripto eorum judicio ἀμαρτύρω plus tribuatur, quam nuncupato coram testibus. Quin ex eo ipso loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus 24. ff. de testam. milit.*, ubi militibus non minus conceditur heredem nuncupare citra solennitatem, dummodo testes aliquot adhibeat, quam scribere nullo teste adhibito, quamvis non aliorum magis, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, interesse dicatur, ne quilibet militis sermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue est, quod hic nobis objici possit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expresse non minus qualiscunque nuncupata parentum voluntas, quam scripta, inter liberos custodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam textum in hanc rem expressum in *l. filii 16. C. fam. ercisc.*, ubi Diocletianus & Maximianus diserte jubent, judicem familiæ erciscundæ voluntatem patris quibuscunque verbis, etiam extra testamentum aut codicillos declaratam sequi; ac proinde non modo scriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Insequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, sed auxerunt, excepto eo, quod Justinianus voluit, cum per scripturam parentes testantur, voluntatem eorum scribi δι' ὅλων γραμμάτων, ut ipse loquitur in *d. Nov. 107. cap. 1. εἰ τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν*, quod Constantinus permiserat. Atque hinc illud etiam apparet, esse in objectione Antonii Fabri insufficientem

partium seu legum enumerationem. Jam quod attinet ad *d. Nov. 107.* facile ex præfatione, qua utitur Justinianus, colligitur, eam solum accipiendam esse de parentibus, qui scripto inter liberos testari volunt. Nam diserte illic profitetur, se in veteribus legibus, quæ sunt de imperfecto parentum testamento, illud reprehendere, quod scripturas quasvis admiserint, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non est, *μη̄ ἐναργῆς καὶ ἀσαφῆς*, quæ tantum *τεκμηρίοις*, conjecturis, quibusdam & indiciis nitatur, notans præcipue constitutionem illam Constantini in *d. l. ult. C. fam. ercisc.*, & talem scripturam *διὰ τὸ ἀσαφῆς* propter incertum voluntatis improbens. Cum autem in scriptura solum hæc *ἀσάφεια* metuatur, ubi res notis scribi possunt, verba truncata esse, res partim a testatore scripta, partim ab alio, ad scripturam etiam solum constitutionem suam retulit Justinianus. In testamento vero nuncupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum sciret, ubi nullæ sunt notæ; unus tantum loquitur, non duo; ubi non proferuntur verba dimidiata, sed plena voluntas pronuntiatur. Hæc sententia ut est communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. Vide *Clar. §. testamentum, quæst. 1. Grass. eod. §. quæst. 16. Grot. lib. 2. introd. cap. 17. Sand. lib. 4. tit. 1. defn. 7.*, quod & ipse Antonius Faber ultro fatetur.

C A P. XIX.

An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum, etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis solennitas?

TEstator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & notario testari licet, ut in hac nostra Batavia. Quæritur an tale testamentum valeat etiam in iis locis, ubi major desideratur solennitas, & verbi causa testes septem, ut in Frisia, ubi sequuntur jus civile Romanorum. Affirmant *DD. comm. in l. 1. C. de summ. Trinit. Vivius 1. opin. 36.*, & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum, *Guid. Pap. dec. 262. Tressaur. 2. quæst.*

2. quæst. for. 8. *Mynsing. 5. obs. 19. & 20. Gail. 2. obs. 123. Joann. a Sande lib. 4. rer. jud. tit. 1. defin. 14.* . Sunt tamen qui in contrarium eunt, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis sententia : at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt: quippe res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, arg. *l. ult. ff. de jurisd. l. ex ea 9. ff. de postul. l. 4. C. de jur. fisc.* ita *Mansuer. in sua prax. tit. de success. Nicol. Bargund. ad consuet. Fland. tract. 6. Christin. vol. 2. decis. 3. & seqq. Bus. ad l. 6. ff. de evict. Diod. Tuld. in breviar. ad C. tit. de testam. n. 5.* . Mihi prior sententia probabilior videtur, & errare posteriorem sequentes in eo quod existimant etiam eas testamentorum leges, quæ ad solennitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipsam de qua disponitur: in quo aperte falluntur; cum utique multum intersit inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, quæ subjectum est dispositionis, seu id de quo fit dispositio. Omnino enim in universum plurimum refert, utrum statutum quid constituat circa actus alicujus solennitatem, an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ statuta in rem concipiuntur, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut ubicunque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Qualia sunt quæ de successione ab intestato disponunt, *Schurff. cent. 1. consil. 6. num. 1. & 2. Gail. 2. obs. 124. nu. 4. & seqq.* . Sic apud nos, licet quantum ad res mobiles servetur jus successionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen soli custoditur jus ejus loci ubi sitæ sunt, *Grot. lib. 2. introduct. c. 26. in fin.* . Eodemque jure censenda sunt & statuta, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filii fam. permillum esse de bonis maternis ceterisque adventitiis testamentum condere, ut in plerisque locis Belgii, *Leonin. lib. 6. emend. c. 3. in fin. Perez ad tit. C. qui testam. fac. num. 9.* , hoc testamentum non valebit iis in locis, ubi filius-

fam. jus faciendi testamenti non habet, sicut in Frisia, ubi etiamnum obtinet jus civile, *Sande d.lib.4. definit.1. add. Gail. d.lib.2. obs.124. Gomez ad l.3. Tauri num.20.* Quibus autem statutis aliquid cavetur, quod ad actus solennitatem duntaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actus, qui fit in loco statuti aut consuetudinis, rationi & juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita: quoniam cum actuum solennia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l.6. ff. de evict. l.3. in fin. ff. de testib. l.2. C. quemadm. test. aper. l.9. l. ult. C. de test.*, consequens est, ut actus secundum jus & consuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigorem suum obtineat, & ejus juris, cui persona testatoris subjecta est, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius sunt accessio: ac videtur testamentum in hoc sapere naturam contractus. Utique hoc posito, quod nemo negat, testamentum valere, rationis est, ut ex eo quoque universa bona heres consequatur, cum titulus ex testamento sit universalis & individuus. Et alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, cum ex contrario testamentum unius tantum unum esse possit; aut, quod absurdum est, unum idemque testamentum diverso solennitatum jure instruendum esset, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversorum locorum placita aut mores dijudicari oporteret, *Peck. de testam. conjug. lib.4. c.28. in fin. Sande defn.14.*, ubi etiam prudenter temperat novam distinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco testantem secundum consuetudinem illius loci. Ad ea quæ objiciuntur facilis responsio est. Quale est illud quod cum statuta sint localia, ubi cessat jurisdictio statuentium, ibi & cessare debeat statuti dispositio, juxta vulgatum illud, *Extra territorium jus dicens nihil agit, l. ult. ff. de jurisd.*. Negamus enim eos qui circa actus testamentarii solennitatem aliquid statuunt, observandum in territorio suo, etiamsi ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici posse propterea jus dixisse aut statuisse extra territorium. Contra-

ctus & ceteros actus celebratos in loco statuti secundum formam a statuentibus præscriptam, ubique vim habere constat: nemo tamen est, qui ex eo colligit, tale statutum egredi jurisdictionem statuentium: quia quod alibi quoque hujusmodi actus valeant, non nisi ex consequentia quadam fit, non autem directo vi ipsius statuti, quod tantum disponit de eo quod ad jurisdictionem statuentium pertinet. Et hoc est quod *Salicetus in l. 1. C. de summ. Trinit.* ait, statutum concernens solennia testamenti non disponere de bonis principaliter, sed tantum sufflare spiritum in testamentum illud validando. Ex eo autem quod a *Papiniano in l. 9. ff. de postul.* responsum est, eum qui prohibitus est pro alio postulare ex causa quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis postulare non posse, in qua præses fuit qui sententiam dixit, in alia vero posse, quid argumenti magis contra, quam pro communi sententia elici possit, ego non video: sicut nec ex eo quod constituitur in *l. 4. C. de jur. fisc.*, ut prædia τῶν μετοίκων in fiscum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis distracta sunt, nisi specialiter id eis Princeps concesserit, ut ea sibi possent retinere: ut tamen non arceantur a successione parentum, quos in ea civitate, unde migrarunt, reliquerunt. Quid enim, quæso, hæc species commune habet cum illa nostra initio proposita? Plane si lex expresse jubeat testatores sequi ejus loci jus, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiae emissa anno 1611., cujus meminerunt *Christinaeus & Taldenus ubi sup. Perez in Cod. de testam. nu. 21.*

C A P. XX.

An liberis suis heredibus præteritis a patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie post

Novell. 115. cap. 3. ?

Interpretes vulgo ex eo quod *auth. ex causa C. de lib. prætor.* generaliter & indistincte ab *Irnerio* concepta est hoc modo: *Ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est*

testamentum, quantum ad institutiones: cetera namque firma permanent: colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novissimo, tamen hoc jure duntaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cetera capita, puta legata, fideicommissa &c., atque hætenus etiam in proposito jus vetus relatum in *l. 1. l. filio præterito 17. ff. de injust. rupt. test.* mutatum esse, *Bart. in d. auth. n. 3. Covar. in C. Rainutius ext. de testam. §. 6. nu. 3. & seqq. Clar. §. testamentum quest. 52. Grass. in d. §. quest. 67. num. 2. Gail. 2. obs. 113. Fachin. 6. contr. 77. Bronch. cent. 3. assert. 29.*, usque adeo ut contendant irritum factum testamento, sic enim loquuntur, ex causa præteritionis paternæ, legata & fideicommissa actione ex testamento peti posse, quasi etiam tale testamentum jure novissimo valeat pro his quæ in eo relicta sunt, *Gail. d. obs. 113. in fin. Donell. in d. auth. ex causa n. 12. Duar. ad tit. de injust. rupt. irrit. test. c. 2. Fachin. 4. contr. 10.* Sed quantum ego judicare possum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam, non bene *Irnerius d. auth. ex causa* his verbis concepit: *Ex causa exheredationis aut præteritionis irritum est testamentum &c.*, cum dicere debuerit, testamentum irritum constituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Justinianus in tota illa sua constitutione *Nov. 115. cap. 3. & 4.*, unde decerpta est *d. auth. ex causa*, tantum agat de testamentis, quæ ipso jure valent, & ex quibus adiri potest hereditas; sed quæ postea propter iniquam exheredationem vel præteritionem judicio de inofficioso rescindi possunt; non de iis quæ ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat, *ἀκυρόσθαι*, irritum constitui, & *ἀναρπεσέσθαι* subverti, rescindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio constiterunt. Quippe irrita fieri aut rumpi ea demum dici possunt, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Quæ autem nunquam constiterunt, sive quæ ab initio non jure facta sunt, irrita quidem esse recte dicimus, at non irrita constitui aut fieri: in quam rem a nostris allegatur *l. 5. ff. de injust. rupt. test. §. hoc autem*

5. *Inst. quib. mod. test. infirm.* . Cum itaque Justinianus non dicat, τῆς διαθήκης μηδ' ἐπιτάφης, testamento non subsistente, sed τῆς διαθήκης ἀκυρωμένης, testamento infirmato, aut irrito reddito, *cap. 3. in fin. d. Nov. 115. ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης*, subverso testamento, *cap. 4. §. εἰ τις τοιαύτως*, non debuit Irnerius dicere ex causa exheredationis aut præteritionis irritum esse testametum, sed irritum constitui, aut rescindi. Sed etsi verba constitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem constitutione caventur, verum esse arguunt quod dicimus, Justinianum de iis solummodo testamentis agere, quæ ipso jure consistunt, & ex quibus adiri possit hereditas. Quomodo enim aut quando scripti heredes, quod nominatim iis injungitur, exheredationis causam a testatore expressam probare possent, si ipsi non essent heredes, aut quomodo heredes esse possent sine aditione, aut denique adire ex eo testamento, quod constat ipso jure nullum esse? Utique non ante vel aliter testamentum pro everso aut rescisso haberi vult Justinianus, quam si scripti heredes, querentibus exheredatis, exclusi sint a probatione causæ ingratitude, sive quod testator ipse nullam allegaverit, sive allegaverit aliquam, quam heredes probare non potuerunt. Evin-
cit hoc idem & accurata illa causarum ingratitude in *d. Nov. 115. cap. 3. definitio*. De his enim causis apud centumviros, in judicio querelæ inofficiosi solum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis testamentis Justinianum agere, quam quæ inofficiosa argui, & per querelam everti possunt; & consequenter non de aliis, quam quæ ipso jure valent, quale non est testamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipso jure nullum & inutile est, *l. 7. ff. de lib. & posth. l. 1. ff. de injust. rupt. test.*; adeo ut nec ex postfacto aut lapsu temporis unquam convalescat, *pr. Instit. de exher. lib. l. 7. ff. de lib. & posth. l. 1. ff. de injust. rupt. test.*
Denique quod pro parte tantū rescinditur, necesse est in totum ab initio constitisse. Nihil igitur Justinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: nisi quis dicat, quod quibusdam visum est, Justinianum omnem præteritionem exæquasse exheredationi, sublato veteri discrimine præteritio-

nis paternæ & maternæ. Sed hoc Justiniano propositum fuisse nequaquam credendum est. Cur enim, si hoc discrimen & jus vetus tollere voluit, id non expressit, uti fecit antequam causas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? Nec enim unquam solet Justinianus quicquam mutare ex jure antiquo sine præfatione & commemoratione causæ, qua impulsus id faciat. Animadvertere illi debuerant, Justinianum in *d. Nov. 115. cap. 3.* non aliter loqui, quam in *pr. Inst. de inoff. test.*, aut quam *Marcellus* loquitur in *l. 3. ff. eod. tit.*. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exheredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati &c., quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum in *d. pr. & d. l. 3.* alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod *Justinianus* in *d. Nov. 115. cap. 5.* aperte profitetur hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exheredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie est, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exheredationis habet, *l. Papinianus 8. in pr. ff. de inoff. test. l. 4. vers. quod si fuisset, circa med. C. de lib. præter.*. Nam etsi a patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu: quippe cum ex ea causa testamentum patris prorsus inutile & nullius momenti esset. Exheredatis autem a patre, aut etiam præteritis a matre, cum effectu inferebatur injuria: quæ quanquam vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quocunque titulo liberis, quantumvis obsequentissimis, relicta fuerat, injuria illa manebat, *§. sed hæc 3. Inst. de inoff. testam.*; cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel heredes institui, vel exheredari addito elogio. Ceterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione heredis, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi, salvis ceteris testamenti capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem

nem paternam, ex qua causa testamentum ab initio nullum est. Omnino enim explodendus est eorum error, qui putant filium etiam non rite a patre exheredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullius fuisse momenti? Nec vero eo minus pro præterito habebatur, aut nullum erat testamentum, quod quarta debitæ portionis, aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exheredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque heredes instituti erant, neque ut oportet exheredati, §. eadem 12. *Inst. de hered. quæ ab intest.*. Quod vero *Ulpianus in l. 8. §. si quis 6. ff. de inoff. test.* ait secure eum testari, qui mortis causa quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu filium præterire, sed posse secure exheredare hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Sed neque pertinet *d. Nov. 115. cap. 3.* ad ea testamenta, in quibus liberi posthumi aut emancipati a patre præteriti sunt, quamvis illa jure subsistant: nam istorum natiuitate testamentum rumpitur ipso jure, & in totum infirmatur; his præteritis per contra tabulas bonorum possessionem evertitur, §. 1. & §. *emancipatos 3. Inst. de exher. lib.*, ut proinde nec hic querelæ, de qua una in *d. Nov.* agitur, sit locus: quippe quæ non datur, ubi alio jure ad hereditatem parentum liberi venire possunt, §. 2. *Inst. de inoff. testam.*: nec quicquam ex hoc jure expresse mutatum reperitur. Quamobrem cum, ut satis abundeque demonstravimus, tota sanctio Justiniani in *d. Nov. 115. cap. 3.* spectet liberos, quibus ab hereditate patris exclusis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, sed tantum una querela inofficiosi testamenti; ex causa autem præteritionis paternæ testamentum vel ipso jure nullum sit, vel rumpatur agnatione sui heredis, aut data bonorum possessione contra tabulas evertatur: in universum dicendum est, non ad alios liberos eam Justiniani constitutionem pertinere, quam qui legitime a patre sunt ex-

heredati:

heredati: nec potest ea produci ad præteritionem paternam sine insigni liberorum, quibus consulere voluit Justinianus, læsione. Matris autem præteritio pro exheredatione semper reputata fuit. Ac proinde liberi a matre præteriti neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare possunt, non magis quam a patre exheredati: sed his unicum tantum adniculum superest, videlicet querela inofficiosi testamenti, §. *ult. Inst. de exher. lib. l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.*. Hanc sententiam Azoni & plerisque veterum probatam fuisse testantur Bart. & Ias. in d. *auth. ex causa*, quos secuti Cujac. in l. *filio 17. ff. de injust. rupt. test. Govean. in l. 1. ff. de vulg. & pup. Ant. Fab. lib. 9. conject. 14. & dec. 20. err. 4. Gilken in d. *auth. num. 1. & seqq.**

Sunt qui interesse existimant, utrum præteritio facta sit a patre ignorante sibi liberos superesse, an a sciente; illo casu totum testamentum irritum esse, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa salva manere: quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, Ant. Fab. *Cod. suo for. de lib. & posth. d. f. 1. Christin. vol. 4. dec. 9.*, & probatur Diod. Tuldeno in *comment. Inst. de inoff. test. cap. 1.* In hisce autem regionibus passim necessitatem exheredandorum liberorum, si heredes non instituantur, non agnoscimus, utpote quæ suorum tantum heredum propria est, quales heredes nos non habemus: sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exheredatione habetur, exemplo militarium testamentorum, §. *sed si 6. Inst. de exher. liber.*. Intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exheredatio aut præteritio facta proponatur, Gudelin. *lib. 2. de jur. noviss. cap. 5. Grot. lib. 2. introd. cap. 18. Christin. vol. 4. decis. 20. num. 8. Groenevv. tract. de legib. abrog. ad tit. Inst. de exher. lib. in pr.*

C A P. XXI.

Utrum si exheredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Nov. 115. nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela sit opus?

E Legans quæstio est, utrum si exheredatio facta sit omisso elogio, id est, sine expressione causæ ingratitude, testamentum ex constitutione *Justiniani Novell. 115. cap. 3. & 4.* nullum sit ipso jure, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. In hac quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exheredationem simplicem seu factam sine causæ insertionem, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exheredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit *Joannis*, relata a *Glossa* in *l. 5. ff. de inoff. test.* probata plerisque Interpretibus in *auth. ex causa C. de lib. præter. Clar. §. testam. quæst. 40. Gomez 1. resol. 11. Covar. in cap. Rainutius p. 1. num. 7. cap. 16. Wesenb. par. de inoff. test. num. 7. & late defensa a Bach. ad pr. Inst. eod. tit.* Ceterum ut plurimis hæc sententia placeat, non desunt tamen qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minime consentaneam: & sane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvat, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam testamenti solennitatem ritumve exheredationis pertinent; sed tantum de causis, ob quas facta exheredatio, juste vel injuste facta intelligatur. At injustitia exheredationis non vitiat testamentum ipso jure. Quamobrem nos contra sic statuimus, etiam post *dict. Nov. 115.*, dummodo liberi, quicumque erunt, rite sint exheredati secundum formam juris prioris, scilicet nominatim, pure, simpliciter, quamvis aut nulla sit causa exheredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exheredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Vide enim, quæso, quæ superiori sententiæ sint consequentia.

quentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint liberi emancipati; etiamsi præteriti sint sine elogio, qui nunquam in potestate fuerint; ut posthumi exheredati natiuitate rumpatur ipso jure testamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exheredatio nullius momenti sit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. *emancipatos* 3. *item* §. *sed hæc quidem* 5. §. *ult.* *Inst. de exher. liber.*. Delentur ferme in totum *tit. ff. C. & Inst. de inoff. test.*. Quis vero credat tot capita juris veteris a Justiniano tacite abrogata, qui nunquam solet quicquam de jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. Nov. 115. cap. 3. circa fin. & cap. 4. §. si tales* 9., ubi cum jussisset Imperator, si exheredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent scripti heredes, firmum manere testamentum, sive, ut ipse loquitur, ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰχθὺ διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰχθὺν, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυρῆσθαι & ἀνατρέπεσθαι, quæ de iis tantum prædicari solent, quæ ab initio constiterunt. Quo vero remedio evertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosa, quæ una exheredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim exheredationis habet, supererat. Arguit hoc diligens illa causarum ingratitude, de quibus in judicio quærelæ agitur, enumeratio & definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Ad hæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exheredatis aut præteritis testamentum potestate *d. constitutionis* nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed extraneis etiam defuncti heredibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hereditatem adierint, mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis heredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis duntaxat prospectum voluit, ne his noceret exheredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento heredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei

pro-

propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere, unigue potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exheredati ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum jure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut absolvat testamenti solennitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse, quamvis injusta sit: alterum, ut exheredatum summoveat ab hereditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem tantum effectum restringere voluit Justinianus, priore in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa a testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis quæ *d. Nov. 115. cap. 3.* continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione heres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioso hodieque aget & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exheredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit. Falsum enim est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, sed ex hac causa non minus nullum esse testamentum, quam si pater præteriisset, nisi præteritioni additum sit elogium: quippe qui contra rationem juris necessitatem exheredandi illic introducunt, ubi non est sui-tas, *l. 11. ff. de lib. & posth. l. 4. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab.* Proinde nihil quoque interest parentes a liberis exheredati sint, an præteriti: nam hæc in linea ascendentium nihil differunt. Ita concludimus cum *Fulgos. & Don. in d. auth. ex causa. Duar. cap. 3. ad tit. de inoff. test. Vigl. ad rubr. Inst. eod. Cujac. ad Nov. 18. Vasq. lib. 2. de succ. creat. §. 20. num. 162. & seqq. Facin. 4. contro. 9. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 4. Perez in Cod. tit. de lib. præ. num. 13.*

Argumenta dissentientium non sunt talia, quin his facile ex iis, quæ jam dicta sunt, occurri possit. Primum est, quod exheredatio non rite facta pro præteritione habetur, *l. 8. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab.*. Esto: sed falsum est quod assu-
munt,

munt, exheredationem sine elogio factam rite factam non esse, petuntque hic sibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, supponentes in exheredatione omisso elogio facta leges & ritum exheredationis observata non esse: quod est πρῶτον ψεῦδος. Nam, ut supra demonstravimus, in tota illa Nov. 115. cap. 3. & 4. nihil cavetur de alia solennitate aut de alio ritu in exheredatione observando, quam qui prioribus legibus præscriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut a tota hereditate, & ab omnibus gradibus liberi exheredentur, l. 3. §. 1. & seqq. l. cum quidem 19. ff. de lib. & posth. l. sed sub 18. ff. de bon. poss. cont. tab. §. sed hæc 5. Inst. de exher. lib.: sed tantum proclivior via sternitur ad querelam inofficiosi testamenti, ubi exhereditatio rite quidem facta est, sed injuriam habere videtur. Non obstat, quod Justinianus expresse jubet causam ingratitude in testamento inseri: nam idem, si inserta non fit, non vult testamentum ipso jure nullum esse, sed vult illud rescindi, & quidem non in totum, sed pro parte duntaxat, quoad institutionem scilicet heredis; cetera autem capitula salva manere. Itaque frustra hic objicitur vulgatum illud: Quod contra legem fit, id ipso jure nullum est, l. 5. C. de legib.: nam illa regula non procedit, quando lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo & subsistere patitur suppeditato remedio, quo quod factum est, rescindatur, aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Justinianus: de quo nos fusius lib. 1. quest. 1. Non majoris ponderis est & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam esse titulo institutionis. Ex eo enim minime sequitur, si non sit relicta tali titulo, testamentum ipso jure nullum esse. Sed hæc collectio bona est; ut testamentum maneat ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ, & ab omni oppugnatione tutum sit, voluit Justinianus bonos liberos & parentes honorari titulo heredis: ergo si tali titulo honorati non sunt, testamentum non manet firmum, sed oppugnari & expugnari potest. At, inquiunt, exhereditati sine elogio non possunt causa cadere: frustra autem datur actio, in qua non potest actor succumbere. Mira ratio. Ergo frustra est, quod actio de inofficioso datur posthumis exhereditatis,

heredatis, §.2. *Inst. de inoff. test.*, item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint, quia non possunt non vincere, *l. omnimodo 30. C. eod. tit.*. Considerare debuerant non frustra esse, quod leges testamentum subsistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conservetur & exitum habeat.

C A P. XXII.

An jus accrescendi in hereditatibus cum aliquo effectu a testatore prohiberi queat?

Quando unus tantum heres scriptus est, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triente &c., is perinde ac si ex toto asse institutus esset, omnium bonorum hereditatem consequitur, §. *hereditas 5. Inst. de hered. instit.*. Hoc autem magis est ex subtilitate juris propter regulam, quia nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, *d. §. hereditas*, quam ex voluntate defuncti, quæ ejusmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua heres scriptus est. Quod si, v. c. tres, singuli ex uncia scripti sint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commodissime dicitur arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hereditatem divisisse. Quod secus est, si unus tantum institutus proponatur in quadrante, sive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamento paganorum, *l. 3. C. de testam. mil.*, hoc tamen casu diversum jus est, propter d. regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet; atque uno tantum herede in certa assis parte a pagano instituto, pars hæc reliquas ad se trahit; a milite si idem factum sit, residuum heredes ab intestato ferunt, *l. quærebatur 19. ff. de testam. milit.*, quod & in Græcis Institutionibus diserte expressit Theophilus. Sed & si quis institutus fuerit, non ex parte hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo Tusculano,

valet institutio detracta rei mentione, *l. 1. §. si ex 4. l. quoties 9. §. si duo 13. ff. de hered. inst.*, nisi ei coheres indefinite aut ex parte assis datus sit: tunc enim legatarii loco habetur, *l. coheredi 41. §. ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hered. instit.*

Verum & hoc ipsum ex subtilitate juris est, atque ex vi superioris regulæ, ac proinde ad militaria testamenta non pertinet: nam si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse, *l. 6. ff. de testam. milit.*. Igitur jus nostrum, ut inquit *Pomponius l. 7. ff. de reg. jur.*, non patitur eundem in paganis testato & intestato decedere: quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tanquam agentia & negantia, & ideo eidem subjecto inesse, aut de eodem subjecto pronuntiari non possint, ex regula logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest, unum atque eundem in totum aut secundum eandem partem & testatum & intestatum decessisse: at non prohibet lex oppositionis, quominus dicamus eundem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Ceterum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, qua fingitur heres repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per heredes diversi generis partim ex testamento, partim ab intestato: sed quisquis heres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici repræsentationis genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Eoque pertinet, quod scribit *M. Tullius lib. 2. de invent.*, unius pecuniæ dissimilibus de causis heredes esse non posse: nec unquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset. Rationem hujus rei hanc affert *Gomez lib. 2. var. resol. cap. 3.*, quod absurdum sit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræsentari. Putarem ego naturaliter in *d. l. 7. ff. de reg. jur.* positum esse pro eo, quod

quod recepti passim moris erat; ut & alibi interdum, *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius* 4. ff. *de minor. l. item si* 22. §. 1. ff. *locat.*. Nam regula ista e solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in testamento militis: unde satis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula descendit jus accrescendi inter plures heredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui heredes extiterunt, *l. liber homo* §. 3. *l. si ita quis* 66. ff. *de hered. instit. l. un. §. bis ita* 10. C. *de caduc. toll.*, quanquam non ex causa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hereditatibus legitimis, *l. si ex pluribus* 9. ff. *de suis & legit. hered.*, & valet utrobique ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus principiis juris: quorum primum est, Neminem hereditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, *l. 4. C. de repud. her.*, alterum, Neminem ejusdem hereditatis, quæ alium heredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, *l. 1. l. 2. ff. de acq. her. d. l. un. §. bis ita* 10. C. *de cad. toll.*. Et igitur, qui ex aliqua parte heres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. heredi* 31. *l. si duo* 38. *l. qui ex duobus* 53. §. 1. ff. *de acq. hered. d. l. 9. ff. de suis & leg. her.*, & accrescunt semper cum onere, æris videlicet alieni & legatorum, *d. l. un. §. bis ita. C. de cad. toll.*. Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: si promiscuè conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hereditariis: & in distributione si permistim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius personæ potestate fungi, ut non plus universi consequantur, quam disjunctorum singuli, *d. l. un. §. bis ita* 10. C. *de cad. toll. l. heredes* 63. ff. *de her. instit.*: eademque ratio est & heredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine colectivo, alii separatim vocantur;

quod fit, ut cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei: verum ratione & effectu non nihil dissimili. Etenim in legatis locum non habet ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum scindi, si concurrant; si vero non concurrant, solidum postposito herede, §. *si eadem* 8. *inst. de legat. l. un. §. ubi autem* 11. *C. de caduc. toll.*, ac proinde & prohiberi inter legatarios ejusdem rei accretio potest, & si singulis singulæ res legatæ, uno deficiente portio ejus in hereditate manet, *l. hujusmodi* 84. §. *pen. ff. de legat. 1.*; & cum deficientis coheredis portionem coheres invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum sine onere, *d. l. un. §. his ita* 10. & *seq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, si quis solus ex certa parte hereditatis, aut ex certa re institutus sit, is nihilominus in integrum affem potestate juris vocatur. Sed quid si testator adscripserit, nolle se, ut heres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest; ita nemo quoque in suo testamento potest cavere, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo potest* 55. *ff. de legat. 1.*; ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulas juris civilis dispariliter ei succedatur, & ex testamento & ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum *Bartolo* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab intestato teneri quasi ex fideicommissio partem testamento expressam restituere heredi scripto: vid. *Gomez. 1. resol. 10. n. 10. & seq.*; vel rato manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere heredi instituto: quæ sententia, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, patet, juri magis est consentanea, & numero etiam suffragiorum vincit, testibus *Vigl. ad d. §. 5. Clar. §. testamentum q. 74. Christian.*

stin. vol. 4. decis. 11. Levia autem valde sunt, quæ huic sententiæ obijciuntur, & præsertim a *D. Bronchorstio lib. 2. misc. contr. assert. 14.*; quale primum illud est, quod *Ulpianus* in *l. quoties 9. §. si duo 13. ff. de hered. instit.* scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hereditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: unde sic ex contrario recte colligi putat, si paterfam. expresse voluit eos contentos esse iis rebus aut partibus, ex quibus instituti sunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accrescant, eo casu pro parte testatum decedere, neque ad hunc casum superiorem regulam pertinere. Vitiosa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio est: quippe Jurisconsultus his verbis: *Si modo voluntas patrisfam. manifestissime non refragatur*, non hoc significat, si testator prohibuerit reliquam portionem accrescere institutis, eam relinquendam esse heredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & testato & intestato posse decedere: sed longe alia istius clausulæ sententia est, nempe quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac si nec res nec partes essent nominatæ, in manifesta testatoris voluntate heredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab *Ulpiano* proposita unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex factis 35. ff. de hered. instit.*. Putat præterea *D. Bronchorstius*, satis probari posse testatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte testato decedere, & sic cavere, ne residuum heredi instituto accrescat, per *l. peto 69. pr. vers. idem dicemus ff. de leg. 2.*. Proponitur ibi heres ex asse scriptus his verbis a testatore rogatus: *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis*: & ait *Papinianus* tale fideicommissum valere. Ergo, inquit *Bronchorstius*, legitimi heredes hic in residuo ab intestato succedunt. Hoc, inquam ego, levius primo est, & aperte falsum. Nam cum heres institutus retenta vel deducta cer-

ta re aut summa rogatus est hereditatem restituere, aut quod vi ipsa idem est, certa summa contentus esse, ejus, qui testamento non factō legitimus heres futurus esset, gratia, ut in specie proposita, non duo diversi generis heredes hic defuncto succedunt, unus ex testamento, alter ab intestato; sed uterque est testamento, alter directe, alter oblique seu ex fideicommissō. Atque hoc casu heres fiduciarius restituta hereditate instar legatarii est, & vi ipsa legatarius: fideicommissarius solus heredis locum obtinet, actionesque hereditarias solus & exercet, & excipit, §. *si quis una* 9. *Inst. de fideic. hered. l. si legatus* 30. §. 3. *ff. ad S. C. Trebell. l. pen. C. de her. instit.*. Ad hæc, ut probet testatorem posse pro parte tantum bonorum testatum decedere, & consequenter prohibere, ne reliquum heredi testamentario accrescat, adducit *D. Bronchorstius* responsum *Scævola* in *l. si quis ita* 82. *ff. de hered. instit.*. Si quis, inquit ibi *Scævola*, ita heres instituat, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*, puto deficere conditionem testamenti illo vindicante. An igitur deficiente testamenti conditione, & herede legitimo hereditatem vindicante, nihilominus institutus pro parte ex testamento heres erit? Quis unquam talia audivit? Somnum obrepisse clarissimo Viro, cum hæc scriberet, diceres, adeo plena est tota illa assertio *παρρησιάζων*. Postremo & in eo insignis error est, quod sententiam suam existimat stabiliri per *l. dominus* 57. §. 1. *ff. de usufr.*, ubi talis species a *Papiniano* proponitur: Testator libertis suis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommissum reliquit: deinde heres scriptus distributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præstitit: mox unus ex libertis alimentariis seu fructuariis ob alimenta vita decessit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accrescat ceteris collegatariis sive fideicommissariis, an vero ad heredem revertatur? Et ait *Papinianus*, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad heredem proprietatis dominum recurrere. Cujus responsi ratio non est obscura. Nam cum fructum singulis ad alimenta duntaxat præstari testator voluerit, inde apparet, non plus quenquam eorum habere voluisse, quam

quo

quo vitam suam toleraret : eamque ob causam portio unius deficiens ceteris non debet accrescere, quibus affatim suppetit, quo se exhibeant. Ubi autem hic duo heredes diverso jure succedentes, alter ex testamento, alter ab intestato? Nec vero hic disputamus de legatariis aut fideicommissariis ejusdem rei, inter quos ut accrescendi jus non nisi ex voluntate defuncti locum habet, ita & prohiberi a testatore potest sine offensa superioris regulæ, cum pars deficientis apud heredem maneat. Atque hæc etiam ratio est, cur idem illud jus cesset in legatis alimentorum; nempe quia testator intelligitur noluisse, hic quicquam accrescere. Sicut enim in agris limitatis locus non est juri alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus possessoris circumscriptum est, *l. in agris 16. ff. de acq. rer. dom.*; ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum cessat jus accrescendi, quod cum alluvione comparatur, *l. si Titio 33. in fin. ff. de usufr. d. l. dominus 57. §. 1. ff. eod. l. alimenta 16. §. 2. ff. de alm. legat.*

Etsi autem communis hæc sententia rationi juris magis convenit, quam prior illa *Bartoli* aut *Bronchorstii*: est tamen & media quædam, quam proponit & tuetur *Salicetus* in *l. pen. C. de hered. instit.*, & a qua non abhorret doctissimus *Bachovius*: nimirum prohibitionem supradictam non efficere quidem, quominus heres scriptus vi & potestate juris ex asse heres fiat: ceterum hanc ejus vim esse, ut heres ille ex certa parte aut re scriptus residuum vel partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommissio teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hereditatem ejus venturi fuissent, ducto argumento a simili, quale proponitur in *l. si quis 29. ff. ad S. C. Trebell. & §. 3. Inst. quib. mod. test. infirm.* item in *l. ex facto 17. pr. ff. ad S. C. Trebell. & fac. l. peto 69. in fin. pr. ff. de legat. 2.* Atque hæc sententia mihi quoque non displicet: imo magis placet, quam superior illa communis, quoniam favet voluntati morientium salva ratione juris. Et hoc accommodari potest clausula in *d. l. quoties 9. §. si duo 13. ff. de hered. instit.*, de qua supra. Excogitavit & *Viglius* noster mediam sententiam: sed ille dum servare cupit volun-

tatem defuncti, manifeste facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas testator scriptum heredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro incognita est. Quod cum nec ipse Viglius dissimulet, persuasum habeo, eum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo eam proposuisset. In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani, *Grot. 2. introd. c. 18. Gudel. 2. de jur. noviss. c. 5. Christ. vol. 1. dec. 51. & dec. 312. & vol. 4. decis. 10.* An autem per hoc quoque censeretur debet in totum abolitum esse jus accrescendi, hic non disputo. Vid. *Christ. d. decis. 51. Gudel. d. cap. 5. Groenew. tract. de legib. abrog. ad §. hereditas 5. Inst. de her. instit.*

C A P. XXIII.

Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo heredi a patre facta extitisse intelligatur, ut substituto fiat locus? & an jus suicitatis per hujusmodi substitutionem tollatur?

C onditio hæc vulgaris substitutionis, *Si heres non erit*, qui casus primus dicitur, pro diversa qualitate heredum & personæ instituti diversimode accipitur. In extraneo herede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hereditatem acquisierit, neque alium mutata conditione heredem fecerit. In ejusdem qualitatis herede, qui alieno juri subiectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse heres erit, neque hereditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, *l. si paterfam 40. ff. de hered. instit.* In suo herede eadem formula citra controversiam hoc significat, si heres esse non poterit, quod fit si ante patrem testatorem vita decedat; tunc enim, nisi liberos reliquerit, qui quasi agnascendo testamentum rumpant, semper locus est substituto. Ceterum putamus eadem formula & hoc significari, si se paterna hereditate abstineat, si cum effectu ex testamento heres non extiterit,

rit, eo quod bonis paternis se immiscere noluit. Nam etsi suus heres ipso jure heres existat, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine cretione, sine gestione pro herede, §. 3. *Inst. de hered. quæ ab intest. defer. l. in suis* 14. ff. *de suis & leg. hered.*, & ideo non esse sine herede dicatur, qui suum heredem, licet se abstinentem habet, *l. cum quasi* 30. §. *sed & si* 10. ff. *de fideic. libert.*, quæ res etiam sua habet. effecta circa confirmationem tabularum pupillarum, liberatum dationes &c., *l. 12. ff. de vulg. & pup. subst. l. filius* 41. & *l. seq. l. ult. de acq. hered. l. paterfam.* 28. ff. *de reb. auct. jud. poss.*. Tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi heres non erit*, ex mente & voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur atque approbat, non ἀνάγκης seu nuda ista existentia, ut male Theophilus existimavit; sed immistio filii cum aditione heredis extranei comparanda est, & substitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu heres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non soluta* 67. ff. *de rit. nupt. l. si post* 68. ff. *de legat. 1.* aperte negant filium, qui abstinuit, patri heredem extitisse: nec prætor hunc heredis loco habet, *l. si filius* 12. ff. *de interrog. in jur.*. Et alioqui si nullo modo efficere filius possit, ut non sit heres, frustra ei substitutus daretur in eum casum, quo heres non erit, quo procul dubio continetur etiam casus, quo non vult heres esse. Enimvero si filius patri superstes decesserit non declarata voluntate super immixtione aut abstentione, hic excludetur substitutus propter transmissionem hereditatis ipso jure quæsitæ nec derelictæ, aut repudiatæ, *l. Lucius* 45. ff. *de vulg. & pupill. l. 3.* C. *de jur. delib. junct. l. un. §. 5.* & §. *cum autem* 13. C. *de caduc. tollend.*. Porro ex his apparet verum non esse quod plerique tradiderunt, quos sequitur *Fachin. 4. controver. 71.*, filium, qui vulgarem substitutum a patre accepit, desinere esse suum heredem. Illud quidem recte dicitur, & omnino dicendum videtur, suum heredem, qui in casum vulgarem substitutum accepit, ex necessario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum, necessitatem istam, ut in suum so-

lius favorem introductam, remittere, & quam etiam tacite remiffisse intelligatur dato filio vulgari fubituto, ut quod alias filius non habuiffet, nifi jure prætorio, abftinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili, per *l. verba 12. ff. de cond. Inftit. l. 4. pr. l. jam dubitari 86. ff. de hered. inftit.*. Sed nullo modo admitti potefte, quod Doctores vulgo contendunt, per fubftitutionem vulgarem in totum tolli jus fuitatis. Licet enim fuitati cohæreat, & in perfona fui heredis annexa fit neceffitas, eft tamen diverfa qualitas a fuitate; atque hac falva, aut tantum vulnerata illa tolli potefte, quod omnino confiderandum eft. In fervis eft neceffitas, fuitas non eft. Ex eo quod quis fuus eft, ipfo jure heres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex eo quod neceffarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, refpondere, *l. neceffarius 57. ff. de acq. hered.*, quanquam etiam hic fuum confert fuitas. In fuitate magis jus & commodum liberorum, in neceffitate folius patris vertitur, cui ob id liberum fuit neceffitatem hanc remittere, atque ex neceffario herede facere voluntarium, *l. 12. ff. de cond. inftit.*. Neque unquam pater dicitur fuum fibi heredem facere, fed bene neceffarium; & cum impuberi filio fratrem neceffarium heredem facit, fuum tamen heredem non facit, ut recte *Goveanus* in *l. 2. §. fed fi quis 5. n. 35.* contra *Bartolum*. Nihil autem plane pro communi fententia facit *l. fi filius 16. ff. de lib. & poftb.*. Neque enim in cafu illic propofito fubftitutio vulgari facta filio efficit, ut filius fuus heres efle definat, ut male colligit *Bartolus*; fed hoc, ut filius interim decedens præterito pofthumo non poffit videri heres fuiiffe ab intefato, quonia in fubftitutus teftamentum fufinet, nec ex eo filius heres exiftere potuit, quia jus ejus adhuc pendeat propter incertum eventum pofthumi nafcitur, de quo fufe *Anton. Fab. dec. 32. err. 8.*. Similiter cum prætor liberis neceffariis heredibus poteftatem facit abftinendi hereditate, eofque liberat ab oneribus hereditariis, fi velint hereditatem derelinquere, *§. 2. Inft. de her. qual. & diff. d. l. 57. ff. de acq. hered.*, neceffitatem tantum tollit, non fuitatem; ex neceffariis

cessariis heredibus facit voluntarios, non ex suis extraneos: quippe cui propositum non nocere liberis, sed prodesse, *l. 12. ff. de vulg. & pup. subst.*. Itaque quemadmodum post datam a prætore suis & necessariis heredibus abstinendi potestatem, nihilominus sui heredes manent, ipsoque jure & ignorantes heredes fiunt, ac creditoribus paternis obligantur, §. 2. *Inst. de hered. qual.* §. 2. *Inst. de her. quæ ab int. d. l. 57. de acq. her.*, quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, *l. 2. ff. de cond. furt.*, idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hereditatis haberent, *l. nam nec 89. ff. de legat. 1.*, & consequenter quemadmodum hic manet idem suitatis effectus, videlicet ut si filius decefferit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hereditate, eam hereditatem, utpote ipso jure sibi jam quæsitam, ad heredes quoslibet transmittat, *l. 3. C. de jur. delib. l. 7. §. 1. ff. de acq. her. l. 19. §. 2. ff. de castr. pec. l. 8. C. de suis & leg. lib.*, ita quoque dicendum est, filium, cui in eum casum, quo heres non erit, substitutus a patre datus est, licet necessarius heres esse desinat, idque ex ratione ipsius juris civilis, non taman desinere suum heredem esse, eumque, ante immixtionem aut abstentionem decedentem, hereditatem ad quosvis heredes transmittere excluso substituto. Quod si per substitutionem vulgarem tolleretur jus suitatis, nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari expressa pupillaris, contra quam utimur, *l. 4. ff. de vulg. & pup. subst.*, denique & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quæ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium *arg. l. un. §. 5. & §. cum autem 13. C. de cad. toll.*, ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personæ, quæ hereditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C. de his qui ant. ap. tab. her. transm.*. Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui heredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti Justinianus illic extendit ad personas lege Theodosii comprehensas. Insignis itaque er-

ror est Joan. Deckheri, qui *lib. 1. a. i. s. 14. num. 43.* ut communem opinionem tueatur, nimirum per substitutionem vulgarem jus fuitatis omnimodo tolli, asserit ideo per vulgarem substitutionem suo heredi factam tolli jus transmissionis, quod ex jure fuitatis est: quia suus heres institutus non aliter ex testamento heres fit, quam si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos heredes tam ex testamento, quam ab intestato, statim & ipso jure heredes existere, §. 2. *Inst. de hered. qual. l. 1. §. 6. ff. si quis omis. cau. test.*, & clausis adhuc tabulis, *l. 3. C. de jur. d. lib.* Concludendum igitur, substitutionem vulgarem in suo herede non operari in casum & speciem impotentiae, sed in casum voluntatis, ut loquuntur, & abstinentiae duntaxat; utique si filius patri supervixerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui succedendo rumpant, dubium non est, quin substitutioni locus sit, *Zas. tr. de substit. cap. 1. in quart. effect. Gomez. 1. resol. cap. 3. num. 15. 16. & 24. Christin. vol. 4. dec. 16. num. 4. B. Joan. a Sande lib. 4. decis. Cur. Fris. tit. 3. defin. 1.*, ubi plures allegat, & optime *Backov. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 7.* Illud quoque mihi persuadeo, ut hoc obiter addam, abstinate filio suo herede, quo casu substitutum admitti supra diximus, substitutum heredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hereditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi heres non erit, Sempronius heres esto*: quamvis *Ant. Faber decad. 32. err. 7.* contendat, non ipso jure substitutum hoc casu heredem fieri, sed a prætore tantum ad bona admitti. Etenim suus heres se abstinens, tantum secundum quædam heres adhuc manet, secundum alia fauciatur & enervatur fuitas, ut in proposito: ubi & leges ipsæ se quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito quin filio abstinate veri heredes sint, qui ab intestato veniunt. Sed hoc ἐν παρίδω.

C A P. XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris est, sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgaris?

Olim qui sibi & liberis suis impuberibus in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Prudentum, ut credibile est, disjunctiva hac & gemella substitutionis formula, quam *Modestinus* in *l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* duplicem appellat, usi fuerunt, *Si filius mihi heres non erit, sive erit, & intra pubertatem decesserit, &c.*, propterea quod, vel ex plurium sententia, substitutio vim suam non exerebat ultra casum expressum, vel quod ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem *Impp. Marci & Veri* constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisset intelligeretur; sive filius heres non extiterit, sive extiterit & impubes decesserit, *l. 4. pr. ff. de vulg. & pup. substit.*. Quod jus & ad compendiosam duorum impuberum substitutionem hoc communi verbo, *eosque invicem substituo*, factam, tractum est, *d. l. 4. §. 1.* Et quidem extra controversiam positum est, vulgaris substitutionis casu expresso contineri etiam casum pupillaris, veluti si pater impuberi filio heredi instituto ita substituatur, *Si filius heres non erit, Titius heres esto*: hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc casum, *Si filius heres erit, & impubes decesserit, Titius substitutus intelligitur*, nisi voluntas testatoris aperte refragetur, *d. l. 4. in fin. ff. & l. 4. C. cod.*. Quod autem pupillaris quoque substitutio hic admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile sit patrem, qui aliquem sibi heredem esse voluit, si filius heres non esset, voluisse quoque eundem esse heredem filio, si filius heres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse,

xiffe, quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur heredem a patre accipere, *l. Julianus 42. ff. de acq. hered.* . In voluntate autem testatoris manifesta hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet & in casum secundum esse substitutus contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressim in casum secundum substitutum dedit, §. 3. *Inst. de pupill. substit.*, aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum casum substitui non potest. quod cum sit, palam est testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique heredum substitui poterat, *l. 4. §. 2. l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. subst. l. 2. & l. 4. C. eod.* . Excipiendus etiam casus singularis in *l. ult. C. de inst. & subst.*, ubi Justinianus non vult substitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adversus matrem coheredem posthumo datam, si viva ea posthumus natus impubes decesserit. Jus singulare ostendunt verba illa, *in hac specie, in hujusmodi casu.* Non obstat *l. 8. C. de impub. & al. substit.*, quia loquitur de substitutione militis, quæ facta in unum casum non extenditur ad alium. Quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l. in testamento 6. C. de test. mil. Don. in d. l. 8. n. 5. & 6. Vigl. ad pr. Inst. de pup. substit. Bronchorst. 3. assert. 34.*

Ceterum, an ex contrario, expresso casu substitutionis pupillaris, seu secundo, dicendum sit contineri etiam casum vulgaris seu primum, non est æque expeditum. Et communis quidem sententia est, expresso secundo primum quoque casum comprehensum intelligi, *Gloss. & DD. in d. l. 4. ff. de vulg. & pup. Mant. lib. 5. de conject. ult. vol. tit. 3. n. 5.*, quam sententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur a magnis viris *Lancell. Polit. de subst. pup. q. 8. n. 39. Vigl. ad pr. Inst. de pup. substit. Anton. Fab. decad. 32. err. 9. & 10.*, qui in contrarium eunt, ac serio contendunt, nunquam in substitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etsi numero Interpretum

nobiscum sentientium superiores sumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc esse existimamus, nisi & legum auctoritate vincimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud *Modestinum in d.l.4.pr.de vulg. & pupill. substit.* quæ hæc sunt: *Ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur.* Ecce non ajunt Impp. *cum pater in primum casum*, quomodo loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum e duobus sine ulla distinctione, primus, an secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis hanc quæstionem proponentis & decidentis in *d.l.4.§.2.vers. hoc itaque.* Qui duos habebat filios, unum, puberem, alterum impuberem, utroque herede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes heres existeret, & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus hoc casu fratrem impuberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi Jurisconsultus monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere, propterea quod in specie mutuae substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri separatim substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, nempe in pupillarem, videri debeat impuberi substituisse? At hujusmodi quæstioni post Divorum Marci & Veri constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solum in primum sive solum in casum secundum. Diserte autem dixi, cum uterque alteri separatim substituitur, pubes scilicet & impubes: quia si verborum compendio mutuo substituti sint hoc modo, *eosque invicem substituo*, in vulgarem tantummodo

casum reciproca substitutio facta intelligitur. Quippe in tali specie incongruens visum est, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris, *d.l.4. §.2. ff.l.2. C.eodem, Mantie.d.tit.3.n.6.Govean.ad d.l.4.n.13.in fin.Duar.ad tit.de vulg. & pup.substit. cap.15.* A ratione quoque non magis alienum est hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod in primum casum substitutus intelligatur quoque substitutus in secundum. Imo fortior est voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc: quod etiam *Christin. vol.4. decis.15. num.4.* notavit. Nam cum pater filium heredem instituit, quem etiam sperat sibi heredem fore, & bona quæ relicturus est, consecuturum, eum quem filio heredi factò substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est patrem voluisse etiam filio herede non existente sibi heredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quam in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea ei obvenerint, habere voluit, quam eum quem expresse sibi tantum heredem fecit.

Ex hoc autem vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt: nam auctoritate quidem illi nulla nituntur: nisi quod *Ant. Faber* nobis objicit *Javolenum* in *l.paterfam.28. ff.de reb.auct.jud.poss.*, quo tamen loco longe aliam quæstionem Jurisconsultus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris hereditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere, & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hereditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligat *Faber*, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinate, hereditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos heredes abstinate pupillo posse patris hereditatem cernere, ut bene contra *Fabrum* disputat *Bachovius* ad *Trentl.vol.2.disp.11.thes.8.lit.F.* Et quidni præsupponendum

ponendum esse dici possit in quæstione a Javoleno proposita substitutum quoque repudiasset manifeste damnosam hereditatem, utcunque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam. Ac mihi quidem quod ad istam quæstionem attinet, idem videtur sensisse Javolenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur a *Marcello & Ulpiano* in *l. Julianus 42. pr. ff. de acq. hered.* Levicula autem sunt, quæ de ordine sententiæ communi obijciuntur, quod nempe hic sit naturalis ordo, ut a casu primo transeat ad secundum, non vice versa, *l. 2. §. prius autem 4. ff. de vulg. & pup. subst.*, & quod absurdum sit in accessorio, quale est testamentum filii, contineri principale seu testamentum patris. Quando enim conjunctim eodem tempore iisdemque tabulis ac contextu pater sibi & filio testamentum facit, nihil refert, a suo, an a filii incipiat, *d. l. 2. §. sed & si 6.*: atque ut *Alfenus* dicebat, in conjunctionibus nullus est ordo, *l. 15. ff. de pecul. leg.*: ac proinde, etsi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione constitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in specie proposita haberi debet, ac si a casu primo initium substitutionis pater fecisset. Agitata fuit hæc quæstio jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos *Coponii* cujusdam & *M. Curium*, cujus rei *Cicero* multis in locis, & *Quintilianus lib. 7. instit. orat. cap. 7.* meminerunt. *Coponius* posthumum heredem instituerat, eique, si, antequam in tutelam tuam veniret, decessisset, *Curium* heredem substituerat. Cum posthumus natus non esset, exorta est de hereditate controversia inter heredes testatoris legitimos & substitutum. *Q. Mucius* contendebat, legitimis heredibus locum esse factum, quoniam *Curius* ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur: at posthumum ne natum quidem esse; ac proinde defecisse conditionem substitutionis. *Mucio* contradixit *L. Crassus*, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit centumviris, *M. Curium* nihilominus ex substitutione heredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis, quas *Viglius & Faber* comminiscuntur, absurditatibus; ita ipsum,

cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii, constitutione Divorum Fratrum confirmatum est.

Plane in substitutione facta pupillo exheredato eadem interpretatio admitti non debet. Imo ne expresse quidem vulgaris substitutio eo casu fieri potest, quippe cum vulgari-ter ei duntaxat substituere queam, quem ipse mihi heredem facio. Quid si ducibus diversis testamentis pater sibi & filio heredem scripserit: sæpe enim pupillare testamentum diverso tempore fit, & novis solennibus rursus adhibitis? Pone patrem suo testamento perfecto, alio deinde die aut hora filio testamentum fecisse, quod ei permissum est, *l. si quis 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill.*, aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris 10. §. 1. eod.*. Atque in suo quidem testamento filium heredem instituisse, sed iisdem tabulis nullum ei dedisse substitutum. Postea & alio demum tempore filio impuberi fecisse testamentum, quo ei pupillariter substituit. Hic ego dicerem cum Bachovio, sub pupillari expressa non intelligi comprehensam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam sibi heredem quærivisse pater videtur. Apud nos & in plerisque aliis Belgii provinciis, quia pupillari substitutione non utimur, disputatio hæc supervacua est, *Gudelin. lib. 1. de jur. nov. cap. 13. Grot. lib. 2. introd. cap. 19. Groenevv. tract. de legib. abrog. ad tit. Inst. de pup. substit.*

C A P. XXV.

An legatum in alterius arbitrium recte conferatur?

QUando de legato in alterius arbitrium conferendo disputatum, tres diversi casus considerandi. Nam aut in arbitrium heredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, sive extranei: atque hi tres casus diversum jus habent. Quod ad collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, potest legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tanquam in conditionem, *l. p. ff. de legat. 2.*, ubi

Ulpianus ait, in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio potest, id est, quasi conditio. Malim tamen cum Cujacio lib. 2. obs. 2 legere, veluti conditionem. Sed quid hoc est, in alterius arbitrium, veluti in conditionem? Respondeo, si testator sic dixerit, *Mærio fundum Tusculanum do lego, si Titius voluerit*. Tale, inquam, legatum valet. Ratio est, quia voluntas facti est: & potest legatum in alterius factum, non ut in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi conferri, puta si forte acciderit aliquando, ut id ille velit; ut conditio potius sit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *si Titius Capitolium adscenderit*. Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *d. l. 1. pr. ff. de legat. 2.*, ubi & nihil interesse scribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quasi conditione poni possit, *l. senatus 43. §. 2. ff. de legat. 1.* Nam & alibi idem Auctor libertatem ita relictam, *Si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, deberi ait, quod scilicet conditio potius sit, quam legati dandi merum arbitrium, *l. fideicommissa 46. §. 2. ff. de fideic. libert.*. Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam, *Si Sejus Capitolium adscenderit*. Estque hoc legatum vere conditionale, ac morte ante conditionem existentem, id est, antequam tertius ille voluerit, legatario extinguatur. Dissentit Hotomanus lib. 1. amicab. 5., Pomponium & Modestinum cum Ulpiano committens. Potest & legatum conferri & in extranei arbitrium, non utique liberum, sed ut in arbitrium boni viri, & tunc legatum non est conditionale, *d. l. 1. §. 1.*. Bonum autem virum cum dicimus, non iudicem intelligimus, etiamsi is vel maxime boni viri officio fungi debeat: sed qualemcunque virtute præditum, justum, fidum, innocentem, ut Cicero definit lib. 3. de offic. . Est vero in testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur: & siue is, in cuius arbitrium collatum est, arbitretur, siue non arbitretur, semper utile sit, *d. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. C. comm.*

de leg. & fideic.; quanquam in contractibus arbitrii huius ad-
 jectio vim conditionis habet, *l. si coita* 75. ff. *pro soc. l. ult. C. de*
contr. emt. l. si quis 43. ff. *de verb. oblig.* . At non potest lega-
 tum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter; dum
 totum legatum in meram v. c. Titii voluntatem confertur
 citra ullum respectum conditionis, ut illa verba, *si voluerit*
Titius, idem significant, ac si diceretur pro libero Titii ar-
 bitrio, ut arbiter & quasi dator legati sit. Nam tunc vellet
 testator ex puro puto Titii arbitrio pendere legatum, sive is
 æquum sive iniquum arbitraretur, quod fieri non potest,
l. illa institutio 32. ff. *de hered. instit. l. nonnunquam* 52. ff. *de*
cond. & demonstr. . Enimvero in consequentiam & indirecte
 ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati potest, veluti si
 testator expressim adjecit conditionem, *Mævio centum do le-*
go, si Titius Capitolium adscenderit. Etsi enim Titius Ca-
 pitolium non adscendet, nisi volet: tamen testator hic non
 tam voluntatem Titii, quam factum adscendendi & contin-
 gentiam facti spectavit. Poterit enim velle Titius, nec ta-
 men adscendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & ad-
 scendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat,
 forte ignorans conditionem hanc legato adscriptam, aut om-
 nino quid Mævio legatum esse. Quid si aperte testetur Ti-
 tius nolle se, ut Mævius legatum capiat, & tamen adscendat?
 Nihilominus debebitur legatum, quod non deberetur, si testa-
 tor simplicem Titii voluntatem spectavisset, *d. l. nonnun-*
quam 52. ff. *de cond. & dem.*

Quod ad heredis arbitrium attinet, tantum abest, ut
 legatum conferri possit in liberum heredis arbitrium, *si heres*
meus voluerit, ut ne possit quidem in ejus arbitrium confer-
 ri, tanquam in conditionem. Atque hoc est, quod dicitur
 in *l. senatus* 43. §. 2. ff. *de legat. 1.*, legatum in heredis volunta-
 te poni non posse; nempe non posse ne quidem tanquam in
 conditione. Ratio est, ne sit in arbitrio ejus, quem testator
 obligare cogitat, an sit obligatus, *l. atrum* 7. §. 1. ff. *de reb. dub.*
fac. l. stipulatio 17. *l. a Titio* 108. §. 1. ff. *de verb. oblig. l. 8. ff. de*
oblig. & act. . Quamobrem crediderim nec tale legatum valere,
si heres Capitolium adscenderit, Titio centum dato, quamvis

Cujacius valere putat, arg. l. 3. ff. de legat. 2., sed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio est. Nam & si dixerit testator, *nisi heres meus noluerit*, quasi conditionale legatum est, & primam duntaxat voluntatem exigit, l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum 5. ff. eod. 3.. Uti que in herede hæc verba, *si voluerit*, pro conditione neutiquam accipiuntur, nisi favore libertatis, l. fideicommissa 46. pr. ff. de fideic. libert.. Dicerem tamen potius in specie illic posita id admitti, propter verba *fidei tuæ committo*, arg. d. l. 46. §. 3.. Plane in arbitrium heredis quasi boni viri recte conferitur legatum, veluti si ita adscriptum fuerit, *si aestimaveris heres, si comprobaveris, si justum putaveris, si utile tibi visum fuerit, &c.* l. si sic legatum 73. pr. ff. de legat. 1. d. l. 11. §. quamquam 7. ff. eod. 3. d. l. 46. §. 3. de fideic. libert., neque hoc casu legatum est conditionale, per l. 1. §. 1. de legat. 2.. Utiliter quoque sic relinquitur, *cum heres voluerit*, quia tale legatum omnino testator præstari vult, sed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, a quo relictum est. Eo autem mortuo, si ipse non præstitit, ab herede ejus præstandum est; nam post mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nil transmittit, quia conditionale est, d. l. 11. §. hoc autem 6. l. uxorem 41. §. pen. de legat. 3. facit l. centesimis 46. §. 2. ff. de verb. oblig.

Postremo, quod ad arbitrium attinet legatarii, potest legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expresse conferri, *Titio centum do lego, si voluerit*. Et hoc legatum est conditionale, ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id est, antequam legatarius voluerit ad se pertinere, jus petendi legati ad heredem ejus non transmittatur, quia conditio personæ injuncta videtur, l. si ita legatum 65. §. 1. ff. de legat. 1. l. si ita expressum 69. ff. de cond. & demonstr.. Quod si ea conditio verbis expressa non fuerit, licet tacite insit, non facit legatum conditionale, l. condiciones 99. ff. de cond. & dem. l. 3. ff. de legat. 2.. Cui non obstat, quod alibi traditum est, conditiones, quæ tacite insunt, non reddere legata conditionalia, licet a testatore exprimantur, l. Cornelius 69. ff. de her. instit. l. heredi 7. §. tractari 5. ff. quand. dies leg. l. servo 47. ff. de

cond. & dem. Hoc enim sic accipiendū & temperandum est, nisi alia sit aut aliam vim habeat conditio expressa, ut in proposito, *l. nonnunquam* 52. ff. d. tit., idque significat *Marcellus* in *d. l. servo* 47. in fin. cod. Exposui breviter sententiam meam super subtilissima hac quæstione. Interpretes nostri non idem omnes sentiunt, vid. *Gloss. Bart. & DD. in l. 1. ff. de legat. 2. Cujac. 2. obs. 5. Hotoman. amicab. 5. Robert. 2. sent. 10. Connan. 9. comment. 5. Pet. Fab. ad l. 22. §. 1. ff. de reg. jur. Bronch. cent. 3. assert. 48.*

C A P. XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?

E Tiam res alienas legari posse semper constitit, & posse etiam si difficilis earum paratio sit, ut loquitur Jurisconsultus in *l. cum servus* 39. §. constat 7. ff. de legat. 1.: nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantum de suo legandi potestatem facit, *l. verbis legis* 120. ff. de verb. sign.; nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de suo legare intelligitur, nempe heredem suum onerare, ut rem redimat & redemptam præstet, aut si id non potest, æstimationem inferat, qui hujus legati effectus est, §. non solum 4. Inst. de legat. l. si domus 71. §. 3. eod. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *l. qui quatuor* 30. §. ult. ff. de legat. 3., & expresse testatur *Ulpianus* in fragm. sub tit. de legat. Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do lego*, aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus* 104. §. 2. ff. de legat. 1. Atque ejus rei, quæ apud hostes ex bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure post liminii, *l. 9. l. si servus* 98. cod. An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius extr. de testam.*, ubi videtur hujusmodi dispositio improbari. *Covarruvias* putat, speciem *d. cap. filius* esse singularem, quod res alterius

Ecclesiæ legata illic proponatur sepulturæ causa; & ideo extra speciem ibi propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque *Mantic. lib. 9. de conjec. ult. vol. tit. 10. Fachin. lib. 5. contro. 38.* At enim negari non potest, quin Pontifex in *d. cap. filius* ostendat sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis seculi legibus, quam legi Dei convenire significat. Quamobrem *Diod. Talden. comment. ad tit. Instit. de legat. cap. 5.* fatetur quidem, improbari a Pontifice hanc juris civilis dispositionem: ceterum cum eam expresse non abroget; merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut heres rem a domino redemptam, aut eo nolente vendere, aut volente quidem, sed non nisi immodico pretio, justam æstimationem legatario præstet, *l. si domus 71. §. 3. ff. de legat. 1. l. non dubium 14. §. ult. l. qui quatuor 30. §. ult. ff. eod. 3.* Crediderim, Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienæ legatum legibus seculi ita sustineri, ut eam rem, velit nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut heres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat legi Divinæ minime repugnare.

Ceterum non semper res aliena legata debetur: verum interest utrum testator rem alienam legans, sciverit eam alienam esse, an ignoraverit; si scivit, debetur, si ignoravit, non item, *l. unum ex familia 67. §. si rem 8. ff. de legat. 2. l. cum alienam 10. C. de legat. §. non tantum 4. Inst. eod.* Forsitan enim, inquit ibi *Justinianus*, si scivisset alienam rem esse, non legasset. Unde vero illud colligimus? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit heredem suum onerare voluisse redemptione alienæ rei, *d. l. unum ex familia, §. si rem l. Stichus 36. in fin. ff. de usufr. legat.* Quare si res heredis legata sit, distinctione illa non utimur, sed ea omnino debetur, quamvis testator eam suam existimans legaverit; nempe ideo, quod cum rei legatæ dominus ipse heres est, tam facile eam heres præstare potest, quam rem, quæ defuncti fuit, *d. l. unum ex familia, §. si rem.* Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si

relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, amico singulari, aliive tali personæ, cui verifimile est testatorem quovis modo legaturum esse, *d.l. cum alienam, C. de legat.*, quod ad legata in piam causam relicta traducunt *Tiraquell. priv. piæ caus. 66. Vasq. lib. 3. de success. progress. §. 27. num. 41.*

Illud belle quæritur, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorum fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit, *fundum meum*. Hic enim portionem tantum deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, diserte a *Paulo* responsum est in *l. 5. §. ult. de legat. 1.*, & ait Jurisconsultus hoc constare, ut ostendat certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro herede faciunt: verba, quia fundum meum recte interpretamur, quatenus meus est: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum est, *l. in re communi 26. ff. de serv. præd. urb. l. si quis 74. de legat. 3. l. 2. ff. de condit. instit.*, quamvis totum meum esse non recte dicatur, *l. recte dicimus 25. ff. de verb. signif.*. Mens testatoris; quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator heredem suum onerare voluisse necessitate redimendi partem alienam, *d. l. unum ex familia 67. §. si rem 8. de legat. 2.*. Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Et siquidem totum suum esse putaverit, nemo opinor dicturus est plus quam partem testatoris deberi per *d. l. unum ex familia, §. si rem junct. §. non tantum, Inst. de legat.*, excepto utique casu supra memorato ex *l. cum alienam 10. C. eod.*. Sed quid si eodem modo legaverit, cum sciret fundum sibi cum Titio communem esse? *Accursius* existimavit totum deberi: quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur: quod & *Donello* visum in *d. l. cum alienam, num. 2. C. de legat.*. Ceterum contrariam sententiam, quam probant *Bart. Bald. Jaf. Angel. Zaf.*

Duar. in d. l. 5. §. ult. ff. de legat. 1. Mantie. lib. 9. de conject. ult. vol. tit. 1. num. 12., veram esse existimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ, & rei communis sive pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habebat: nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse eum totam legare. At cum res communis fuit & partem in ea testator habuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse heredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quæ conjectura efficacissima est, *d. l. unum ex familia, §. si rem, de legat. 2. l. Sticho 36. in fin. ff. de usufr. leg.*. Confirmat porro hanc sententiam locus *Pauli in l. fundus 24. ff. de instræct. vel instrument. leg.*, ubi sententiam *Neratii* explicans ait, si fundus, qui locatus erat, cum instrumento legatus sit, id tantum instrumentum, quod testatoris fuit, legato cedere: quod si nullum ille in eo fundo instrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *l. si quatuor 30. §. qui fundum 4. ff. de legat. 3.*. Atque eandem omnino rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus 71. §. ult. ff. de legat. 1.*. Enimvero si testator nominatim dixerit se legare fundum *Sejanum totum vel omnem*, responderem utramque partem, & tam alienam, quam quæ testatoris fuit, legatam videri, *arg. l. Juliano 68. in pr. ff. eod. 3.*

Multa tamen huic sententiæ objiciuntur, & primo, quod appellatione rei totum contineatur, *l. si dictum, §. 2. ff. de evidt.*, a verbis autem non facile sit recedendum, *l. ille aut ille 25. l. non aliter 69. eod. 3.*. Respondeo, verum quidem est, non facile a verbis recedendum esse: sed tamen recedi potest & debet, quando aliud, quam quod dixit aut scripsit, sensisse testatorem apparet, *d. l. non aliter*; nam mens & voluntas testatoris verbis aut scriptura potior atque potentior est, *l. Labeo 7. §. 2. ff. de de sup. leg. l. cum virum 16. C. de fideicom. l. ubi 21. ff. de reb. dub.*. Mens autem testatoris in proposito fortissime colligitur ex illa veteribus toties usurpata conjectura, quod

scilicet haud facile credendum sit, testatorem voluisse heredem suum onerare necessitate redimendi rem alienam. Secundo objicitur *L. Mævius 66. §. fundo legato 6. ff. de legat. 2.* Sed longe alius casus ibi deciditur, nempe quid juris sit, si quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum solum pertinet, ususfructus autem alienus est, simpliciter, id est, non deducto ususfructu legaverit; hic ait Papinianus etiam usumfructum ab herede petendum esse. Ratio dubitandi est quia ususfructus non est pars rei, *l. recte dicimus 25. ff. de verb. sign.* Et vero si pars esset, non nisi stulte quæreretur, an ubi constat totum legatum esse, appellatione totius ususfructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc est, quod etsi ususfructus proprie pars non est, instar tamen partis obtinet, propterea quod emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam ususfructus, nisi expresse excipiatur & detrahatur, legato cedit, *d. l. Mævius, §. fundo, l. 6. ff. de usufr. ear. rer. quæ us. consum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino ut singulare, si alio proposito id fecit testator, responsum est in specie huic gemina, eum errore labi, & plus hic valere scripturam, quam quod actum, aut cogitatum est, *l. si alii 19. ff. de usufr. leg.* contra communem scilicet regulam, secundum quam voluntas magis, quam verba, spectanda, *l. cum viram 16. C. de fideic. l. Labeo 7. §. 2. ff. de supell.* Porro quod hic juris est in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte, cujus ususfructus alienus est, legata, *arg. l. quæ de tota 76. ff. de rei vind.* D. Duarenus nimium hic sollicitus est, & frustra laborat in alio casu quærendo: quanquam vera sunt, quæ profert. Objicitur tertio locus in *l. cum filius 76. §. 2. de legat. 2.* Sed eadem ad hunc locum, quæ ad superiorem, responsio est, cui præterea & hoc accedit, quod heres, qui in casu ibi proposito ipse fructuarius est, nulla redemptione oneratur. Quarto objicitur *l. si res obligata 57. de legat. 1. d. l. Mævius 66. §. fundo 6. eod. 2. l. 6. C. de fideicom.*, quibus locis traditur, heredem rem pignori obligatam, quæ legata sit, luere debere, utique si sciebat testator eam pignori obligatam esse, *dd. ll. §. sed & si 5. Institut. de legat.*, unde sequitur non liberari heredem præstando id quod defun-

Etus habuit. Respondeo; conjectura voluntatis testatoris rem suam, quam creditori obligatam esse sciebat, legantis facit, ut res integra, plena & libera debeat. Nam cum æs alienum onus sit heredis, qui in universum jus defuncti succedit, non legatarii, *l. i. C. si cert. pet.*, non est credibile testatorem voluisse æs alienum solvi a legatario, nisi hoc exprefferit. Aliud autem est, si obligatam esse nesciebat, exceptis duobus illis casibus, de quibus in *d. l. si res obligata 57. de legat. 1. & d. l. 6. C. de fideic.*

Nostra hæc & communis sententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere potest: quippe, quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato ususfructus, qui alienus est, ab herede peti possit, teste *Autumno cons. Gall. & Confer. du droit. ad d. l. Mævius 66. §. fundo legato 6. ff. de legat. 2.*, ubi scribit apud Gallos locum non esse dispositioni *d. §. fundo*, ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati testatoris, ita & Bataviæ quoque nostræ moribus omnino consentaneum videtur. Similiter si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simplicitati morum nostrorum non convenit, ut ususfructus contra mentem testatoris communicetur secundum *l. si tibi 19. ff. de usufr. leg.*, & nescio cujus subtilitatis objectu impediatur, ne suprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus testatur *Bern. Autum. in confer. Gall. ad d. l. si tibi add. Groenevv. tract. de leg. abrog. ad d. l. si tibi, & ad d. l. Mævius 66. §. fundo legato, de legat. 1.* Alii, quibus nimia ista subtilitas non placuit, *d. l. si tibi* interpretatione sua sic temperaverunt, ut in casu, quem ibi tractat Modestinus, plus valere debeat scriptura, quam quod actum est, dummodo de eo, quod actum est, non constet: quam interpretationem nec verba nec sententia Jurisconsulti admittunt, ut bene animadvertunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accursium.

CAP. XXVII.

*An unquam error in nomine legatarii reive legatae,
aut falsa demonstratio vitiet legatum?*

SI quis heredem instituit, sive alicui quid legat, personam heredis aut legatarii demonstrat, necesse est. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine: ceterum & aliis modis demonstrari possunt, ut valeat institutio aut legatum, *l.quoties 9. §. si quis 8. ff. de hered. instit. l. si ita 8. §. 2. ff. de bon. poss. sec. tab.*. Et generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim 34. ff. de cond. & dem.*. Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante testatore, nihilominus institutio aut legatum valeat, perindeque habendum sit, ac si nomen adjectum non esset; dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cetera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quotiens, §. si quis, ff. de hered. instit.*: pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. ff. de his quæ pro non script.*. Finge ergo hoc modo legasse, *Corneliae sororis meæ filio centum do lego*, si soror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia satis apparet, quem testator designavit. Sed & si ita dixerit, *Cornelio sororis meæ Corneliae filio centum lego*, valebit legatum, etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Denique & sic demonstratio recte fit, *cujus nomen in codicillis scripsero*, illi heres meus centum dato, *l. institutio talis 10. ff. de cond. instit.*: nam quod in herede sic demonstrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatae, v. c. si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debetur Semproniano, si constet hunc legatum esse, *l. 4. ff. de legat. 1.*. Et convenienter si quis cum unum tantum servum haberet, dixerit, *Stichum*

ser.

servum meum Titio do lego, valebit legatum, licet servo Davus, non Stichus nomen sit, *arg. l. demonstratio 17. ff. de cond. & dem.* Plane si quis cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans supellectilis appellatione vestem contineri, placet nec vestem nec supellectilem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat. 1.*; ubi Jurisconsultus hanc differentiae rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quæ grammatici appellativa vocant; per hominum, quæ illi propria, propterea quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc ait esse mutabilia, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo 7. §. 2. ff. de supell. leg.*, ut proinde in his error sit tolerabilis, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia *ἑσεί* constant, & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei *ἑσείων*, sed tantum differentiam *ἐπιετιέδν* indicant. Appellativa vero *ῥῶσει* quodammodo constant, id est, a natura vim suam habere videntur saltem prima, quæ sunt *ἀρχήνα καὶ σοιχεῖα*, seu principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, licet impositiva sint, publica tamen & ipsa sunt, ac communia: & sive prudenter, sive temere & *κατὰ τύχην* imposita sint, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu: eorumque impositionis naturæ consona habetur, nec minus hæc, quam prima ipsam rei substantiam denotant. Quæsitum vero est, an non saltem valere debeat legatum, si res cum oculis subjecta esset, a testatore manu demonstrata sit, utut alieno nomine eam appellaverit: veluti si cum equus præsens esset, ita dixit, *Hunc bovem Titio do lego?* Accursius in *l. quæ extrinsecus 65. ff. de verb. oblig.* existimat valere, & equum deberi, cujus sententiam & plerique Interpretes secuti sunt. Mihi vero id mi-

nime consentaneum videtur responso *Pauli in l. 3. ff. de reb. dub.*, ubi Jurisconsultus sic scribit: *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino sententiæ sive *Servii*, sive *Celli*, dicentium, non videri quemquam id dixisse, *cujus non suo nomine usus sit*; aut quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: quamquam *Tubero* plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. ff. de supell. leg.*. Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æque stultum ac derisorium, ut illa, de quibus in *l. 4. ff. de legat. 1.*, quod etiam *Mynsingero ad §. si quidem 29. Inst. de legat. nu. 10.* verius videtur. Plane si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum 52. §. quod tamen 4. ff. de legat. 3. & ibi Bart.*. Quin etiã generaliter idem admittendum putem, si aliquo colore usive loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad id quod voluisse dicitur, extendi potest, arg. *l. si quis vinum 9. pr. ff. de trit. vin. ol. leg.*; quod & *Diod. Tuldenus* probat in *comment. ad Inst. tit. de legat. cap. 21. add. Duar. ad l. 4. de leg. 1. Pet. Fab. lib. 2. semestr. 14.*

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen utile sit, modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, omni adjunctione, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda testator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac si nullus error intervenisset; dummodo constet, cui legare aut quã rem legare testator voluerit, *l. demonstratio 17. pr. & §. 1. l. falsa 33. & l. seq. ff. de cond. & dem. §. huic proxima 30. Inst. de legat.* Ratio est quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim 34. ff. de cond. & dem.* Ceterum hæc regula sive sententia sic in universum temperanda est, nisi quid aliud obstet legato præter falsitatem demonstrationis. Hoc autem observato facile removeri potue-

runt pleraque, quæ alioqui huic sententiæ obstare videntur. Nam primo si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, responsum est inutile esse hoc legatum; veluti si testator ita dixerit, *centum quæ in arca habeo, Titio lego*, si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus* 108. §. *qui quinque* 10. ff. *de legat. 1. l. 1. §. sed & si* 7. ff. *de dot. præleg. junct. l. plane* 34. §. *sed hoc ita* 4. ff. *de legat. 1.* Prius enim est, ut sit, quod legetur, quam legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione perimi, *l. quibus* 40. §. *pen. ff. de cond. & dem. II.* Si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum esse legatum, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia scilicet non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum* 75. §. 1. *de legat. 1.* III. Eadem ratione inutile est & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile sit; licet nihil Titio debeatur: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. 75. §. 1. l. legavi* 25. *sub fin. ff. de lib. leg.* IV. Sed etsi quantitas adjecta est, tamen ne sic quidem semper utile est legatum in hujusmodi speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*. Constat hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest; ac proinde nec si falsum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. V. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item esse in legato responsum est, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. l. 75. §. 2. d. l. legavi* 25. *vers. quod si sic.* Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, nisi liberatio: quo legato hoc continetur, ut si heres petat,

exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorum liberet, *l. 3. §. 3. ff. de lib. leg.*: neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. VI. Pari ratione si testator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio, dicendum est inutile esse legatum, si Titius nihil debeat: quippe nec hic legantur centum, quæ heres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut heres actiones suas præstet, *§. tam autem 21. Inst. de legat.*, nullas vero habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet: quod *Ulpianus in d. l. si sic legatum 75. §. 2. de legat. 1.* breviter his verbis significat, *esse enim debitor debet*. Postremo non obstat huic sententiæ, quod *Papinianus* respondisse scribit, falsam demonstrationem non facere legatum, *l. cum tale 72. §. ult. ff. de cond. & dem.*. Neque enim hoc dicimus falsam demonstrationem facere legatum, sed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba disponentia, non demonstrantia. Itaque in specie illic a *Papiniano* proposita, *ex centum, quæ Titio legari, quinquaginta heres Sejo dato*, non Titius, sed Sejus est legatarius, qui solus est in dispositione, eique quinquaginta debentur non obstante vitio demonstrationis. Titio autem, qui in demonstratione est, debetur nihil, *Jul. Pac. cent. 6. quest. 44.*

C A P. XXVIII.

An heres ob omissam inventarii confectioem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem causa amittat legitimam?

LEge duodecim tabularum licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut heredi relinqueretur præter onus & molestiam æris alieni, *l. verbis legis 120. ff. de verb. sign.* Qua 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 implica-

re. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publice expedire putetur supremas hominum voluntates exitum habere, *l. 5. ff. testa. quemadm. aper.*, visum est ex usu esse Republicæ heredes justo aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo suprema judicia conservarentur. Id quod commode fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur: quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est, qua cautum, ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum, *l. 1. ff. ad leg. Falcid. pr. Inst. eod.*. Procedente tempore ob eandem causam eadem lex producta est & ad fideicommissarias hereditates, cautumque S. C. Pegasiano, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur, *§. sed quia 5. Inst. de fideic. hered.*. Cujus S. C. vim Justinianus postea transfudit in S. C. Trebellianum, ut jam ex solo Trebelliano restituatur hereditas, atque ex hoc eodem S. C. quartam partem heres retineat, *§. sed quia stipulationes 7. Inst. eod.*. Unde Interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quanquam Veteres & hanc ipsam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre est in *l. coheredi 41. §. 3. ff. de vulg. & pup. subst. l. 2. §. ult. ff. de jur. codicill. l. filius fam. 18. pr. l. si a me 29. l. in ratione 30. §. tametsi 7. l. lex Falcidia 47. §. 1. l. Titia 86. ff. ad leg. Falcid. l. 2. l. 3. l. mulier. 22. §. 2. l. si patroni 55. §. 2. l. deducta 58. §. 3. ff. ad S. C. Trebell. l. 1. l. quanquam 10. & l. seq. C. ad leg. Falcid. &c.*. Nimirum quia S. C. Pegasiano non tam nova quarta introducta est, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Porro lex Falcidia heredis potissimum causa lata fuit, ejusdemque etiam gratia tracta ad fideicommissa hereditatis, *l. potest heres 71. l. Titia 86. in fin. ff. ad leg. Falcid. juncto §. sed quia 5. Instit. de fideic. hered.*; cui consequens, ut nec testator testamento suo prohibere potuerit, ne heres commodo Falcidiæ uteretur, *l. quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. inde Neratius 19. ff. ad S. C. Trebell. l. si ut allegas n. C. ad leg. Falcid.*

Primus Justinianus Falcidiæ locum esse noluit, si testator expressim vetuerit heredem ea uti, *Nov. 1. cap. 2. in fin.* unde sumta *auth. sed cum testator C. ad l. Falcid.*. Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam heres, qui inventarium facere neglexisset, beneficio legis Falcidiæ privaretur, *l. ult. §. pen. C. de jur. delib.*, quod & repetit *d. Nov. 1. cap. 2. §. 1.* Quæ Justiniani constitutiones occasionem præbuerunt Interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem, & amissionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam, quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem testator possit prohibere, & heres quoque commodum ejus non confectio inventario amittat. Quæ forte quæstio ab illis mota non fuisset, si id, quod modo diximus & demonstravimus, observavissent, nunquam alio nomine Veteribus quartam S.C. appellatam, quam Falcidiæ. Ex eo enim didicissent, appellatione Falcidiæ etiam quartam S.C. contineri, nec improprie, ut illi, sed proprie, si usus proprietatem spectemus, non vocis. Ac proinde positis terminis habilibus, atque in dubio ubi nulla expressim differentia constituitur inter quartam, quam heres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommissio hereditatis, quicquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino verisimile est, Justinianum perpetuum omnium Auctorum juris usum secutum utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Nunc vero tametsi crebrius eo itum est, atque id passim usu receptum, ut etiam detraçtio quartæ S.C. ex auctoritate *d. Nov. 1. cap. 2.* expresse prohiberi possit, propter communem rationem prohibitionis permissæ, quæ hæc est, ut impleatur defuncti voluntas, *Gomez. lib. 1. resol. cap. 5. num. 11. Clar. §. testamentum, quæst. 62. Mantica. lib. 7. de conject. ult. vol. tit. 11. & seq. Everb. in top. loc. 34. Gudelin. lib. 1. de jur. nov. cap. 1. Perez. par. C. ad S.C. Trebell. num. 20. Grot. lib. 2. introd. cap. 20. Gail. 2. obs. 138. nu. 15. Groenevv. de leg. abrog. ad d. auth. sed cum testator.*: tamen ob inventarium non confectum major pars DD. censere dicitur heredem non amittere quartam Trebelliani, & secundum

cundum hoc sæpissime judicatum est, *Clar. d. §. testamentum quæst. 63. decis. Cur. Holland. 3. Gail. d. obs. num. 3. & 6. Mynsing. 3. obs. obs. 60. Christin. vol. 1. decis. 317. & vol. 4. dec. 51. Perez. in Cod. de jur. delib. num. 14. Fach. 4. contr. 38. Groenew. ubi supra*. Quod profecto mirum est: nam & amissionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio est in herede fiduciario, quæ in herede Falcidio, violenta nimirum præsumptio fraudis & subtractionis rerum ab herede factæ, ob quam causam hanc pœnam cum luere vult Justinianus, *ποινὴν*, ut ipse loquitur, *τῆς ἑαυτῆ κακουργίας*, *διότι παρέβη τὸν νόμον*, quæ præsumptio proinde absoluta est, jurisque & de jure. Aut igitur heres fiduciarius non tenetur inventarium facere; aut si tenetur, quod in confesso est, si non fecerit, dignus erit qui eadem pœna malignitatis suæ & *παράβασεως* multetur: & alioqui liberam habebit grassandi in hereditate facultatem. Sed & in *J. Nov. 1. cap. 1. in pr.* etiam de heredibus fiduciariis & fideicommissariis universalibus Justinianus agit, ad quos proinde & sequentia recte referuntur, & quod in *d. c. 2. §. 1. ejusd. Nov.* traditur de citatione fideicommissariorum, etiam ad universales, quorum præcipue interest, pertinet. At, inquit, leges correctoriæ non sunt extendendæ, odia restringenda, &c.. Cur igitur, inquam, ex eo quod Justinianus testatori permisit prohibere detractio- nem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam concessum esse testato- ri prohibere retentionem Trebellianicæ? Quin etiam ipsi DD. communiter post Glossam in & per *text. c. 5. Nov. 118.* admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem corre- ctionis exprimentis, extensionem fieri posse ob identitatem, ut loquuntur, rationis, *Gomez. ubi supra num. 11.* & ibi ci- tati. Denique nulla in proposito fit extensio, si Veterum lo- quendi consuetudinem, ut ante probavimus, spectemus. At- que hæc sententia, refragante licet Diod. Tulden. *comm. ad Inst. tit. de legat. cap. 3.* qui nec a testatore prohiberi posse quartæ S. C. detractio- nem contendit, mihi verissima videtur: quam etiam sequitur *Præf. Everb. d. loc. num. 5. Gudelin. d. cap. 11. Charond. lib. 13. respons. 68. Ant. Fab. C. for. ad S. C.*

Treb. defm. 5. & de jur. delib. defm. 23. Cachervanus decis. Pedemont. 147. supra sexaginta Doctores hujus sententiæ assertores citat. Excipiunt vero liberos primi gradus; quoniam ne his prohiberi potest deductio quartæ Trebellianæ, per *l. 6. C. ad S. C. Trebell.* In quo tamen & ipso insignis & non unus error est. I. quod firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l. 6.* quæ Zenonis est, cum ante constitutionem Justiniani in *d. Nov. 1. cap. 2.* nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. II. quia illa exceptio non est de regula: nam respicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem sine justa causa auferri potest: admittitur vero duplici in liberis detractio, de qua agimus quæstione sequenti, quæ detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, sed cujusvis alterius heredis jure censentur, iis prohiberi possit, nullus dubito. III. quod solos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi sint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioso queri possunt, proinde parentes quoque, item fratres ac sorores consanguinei rogati hereditatem restituere turpi personæ. Postremo, quod eandem exceptionem ponunt etiam ubi liberi heredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex professo. Plane si heres pure rogatus hereditatem restituere, eam statim quoque restituerit, poterit excusari, eo quod ideo videatur omisisse confectionem inventarii, quia id onus jam non ad se, sed ad fideicommissarium pertinere existimavit.

Proxima superiori quæstio est, an liberi ex causa non confecti inventarii amittant legitimam? Qui negant extraneum heredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt non negare liberos ex eadem causa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea causa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris sit, hanc esse pœnam heredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta falcidiæ; tamen ob eandem causam liberos non privari legitima longe pars maxima Interpretum pro comperto habet, *Gail. 2. abs. 138. num. 14. Fachin. lib. 4.*

controv. cap. 34. Christin. vol. 1. dec. 317. n. 6. & seqq. Ant. Fab. Cod. suo for. de jur. deliberandi defin. 23. & ad S. C. Trebell. defin. 5., ubi in notis ait, neminem dubitare, quin liberis salva maneat retentio legitimæ, etiamsi inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus est, qui contrarium docuit, *Salicet. in auth. sed cum testator, C. ad leg. Falcid. & in l. ult. §. si quis autem num. 4. C. de jur. delib. Sarmient. lib. 2. select. interp. cap. 7. Covar. in cap. si heredes 10. ext. de testam. Cacheran. dec. 148. a n. 1. usque ad 6.*, & inter alios quoque *Cujac. in expos. d. Nov. 1.*, eamque sententiam etiam probatam fuisse viro clarissimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ collegæ quondam meo, in posterioribus ejus curis manuscriptis comperi: & veram esse ipse quoque existimo. Enimvero si quæstio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus esset præsumptioni *κλοπήs & κακουργήματος*, quod hereditas fuerit solvendo, & si nihil furripuissent, *μηδ' ἐν ἐκατέρῃσιν*, quod legatis & fideicommissis exolutis fatis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis superesse appareret; nescio an multi hoc negaturi sint: nam sane, cum *Justinianus in d. Nov. 1. cap. 2.* simpliciter & sine ulla heredum distinctione loquatur, eam ad heredes extraneos restringere difficile est. Quin idem *Imperator in l. ult. §. 1. §. 2. & §. sin vero, C. de jur. delib.* diserte loquitur tam de suis heredibus se immiscentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omisso non in eandem quoque pœnam propter præsumptionem, quam diximus, cum ceteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur, solidaque legata & fideicommissa præstare debeant, etsi vires excedant patrimonii. Si igitur tenentur de propria substantia *πληρῶσαι*, complere legatarios & fideicommissarios, *d. Novell. 1. cap. 2. §. 2. in pr.*; quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni sive Falcidiæ sive legitimæ? Unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæc duæ hic efficiunt: unde & ipsa legitima a Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus 8. §. meminisse 14. in fin.*

ff. de inoff. testam., ut & ab ipso Justiniano in *l. quæ nuper* 31. *C. de inoff. testam.*; atque augeta legitima etiam Falcidia in liberis augeta intelligi debet, *Govean. lib. 2. var. lect. cap. 1. Cujac. ad Nov. 18. cap. 1.* Quid quod posita superiore *προλήψει*, quam probavimus esse juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam eam integram jam habere præsumuntur. Non magni itaque momenti sunt, quæ obijciuntur: qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum; quod nullum recipiat onus aut gravamen; quod nonnisi ex causis, quæ de inofficioso querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non est debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. scimus* 36. §. 2. *C. de inoff. testam. l. un. in pr. C. de impon. lucr. descript.*; & adita non confecto inventario hereditate confunduntur actiones, heresque quod sibi a defuncto debetur, amittit, *l. ult. §. in computatione* 9. *C. de jur. delib.*; nec querela datur, nisi præteritis aut exheredatis: denique nec ex causa ingratitude aut inobedientiæ hanc sententiam defendimus, sed ex supradicta ratione legis præsumptis inventarium non facientes ipsos sibi satis prospexisse: nisi quis existimet, quod humanum videtur, hanc præsumptionem contra liberos non esse tam vehementem, quin per rei veritatem elidi possit, si forte ipsi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hereditatem non esse solvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommissarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad *Treutl. vol. 2. disp. 12. thes. penult.*

C A P. XXIX.

Filius hereditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic usu receptum?

Verissima sententia est, filium hereditatem restituere jussum jure civili unica deductione five legitimæ five Trebellianæ portionis contentum esse debere: atque oppido quam alienum est a ratione juris civilis, quod de duplici deductione

tractione jure Pontificio cautum est in *cap. Raynutius* & *cap. Raynaldus, ext. de testam.*. Rationes hæ sunt. I. Quia harum portionum hoc proprium est, ut una in alteram imputetur, & consequenter altera alteram consumat, *l. mulier 22. §. 2. ff. ad S.C. Trebell. l. in quartam 91. ff. ad legem Falcid. junct. l. si quando 35. §. 2. C. de inoff. testam. l. 8. §. si quis 15. ff. eod.* II. Quia alias eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommissis singularium rerum & simul legitimam filius heres institutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit, quanquam id tentat *Zypæus* apud *Christin. vol. 1. decis. 245. num. 12.*, sed arg. juris in *d. cap. Raynutius* constituti. III. Quia sic heres fideicommissarius non nisi femissem hereditatis, & nonnunquam etiam minus consequeretur, nempe eo casu, quo propter numerum liberorum ipsa legitima est femis. IV. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & S.C. cessant, *l. 1. §. pen. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus 8. §. 9. 11. & §. si quis 15. ff. de inoff. testam.* V. Quia testatoribus omnibus jure civili concessa est libera potestas disponendi de dodrante totorum bonorum, *l. 1. ff. ad l. Falcid.*, & parentibus utique aucta postmodum quantitate Falcidiæ seu legitimæ in liberis, de besse aut septunce. VI. Per *textus* expressos in *l. coheredi 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 6. C. ad S.C. Treb. l. liberti 21. §. 2. ff. de ann. legat. l. filium 24. C. fam. ercisc. l. quanquam 10. C. ad leg. Falcid.*, quibus omnibus locis in terminis nostris quadrante duntaxat retento dodrans restituitur. Denique ipse *Justinianus Nov. 1. cap. 1. §. 1.* satis aperte solius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Estque veritatis hujus sententiæ tanta evidentia, ut & veterum Interpretum multi, *Joan. Glossat. Cynus, Bart. Bald. Fulgos. Jason, &c.* ipsaque *Glossa in d. cap. Raynutius*, & recentiores fere omnes, non modo *Hotomannus quæst. illustr. 4. Donellus lib. 7. comm. cap. ult. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 14. thes. 2.*, sed etiam Pontifici Romano addicti, *Goveanus in l. 1. ff. ad leg. Falcid. nu. 9. & 10. Cujac. 8. observ. 3. Gail. 2. obs. 121. num. 4. Ant. Fab. decis. 11. err. 7. & Cod. forens. de codicill. def. 7. Tulden. in Cod. ad S.C. Trebell. num. 4. Perez ad Cod. cod. tit. num. 11.*,

veram eam esse ultro fateantur, Pontificesque Innocentium & Gregorium excusent, quod secuti communem Interpretum errorem, secus constituerint. Pauci vero admodum sunt ex Neotericis, qui etiam juri civili convenire constitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet *Ant. Fachinaeus lib. 5. controu. cap. 2.* Ceterum ille in hoc ab aliis, *Anton. Contio lib. 1. disp. jur. civil. Peregrino tract. de fideicom. art. 3. num. 5.* discrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractionem legitimæ simul & Trebellianicæ non convenire juri Digestorum aut Codicis, eamque tantum defendit quasi consentaneam juri novissimo, constitutioni videlicet *Justiniani Nov. 39. cap. 1.* Ceteri vero quasi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jamdudum a doctis viris plenissime confutata sint, & novissime a nobilissimo & clariss. viro *D. Jac. Mastertio* Collega nostro *lib. 2. de just. leg. Rom. cap. 48.*, nos eorum summam duntaxat colligemus, breviterque singulis respondebimus; deinde nobis res erit cum *D. Fachinæo*.

Ajunt igitur, cum duæ istæ quartæ ex diverso jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex S.C., alteram alteri obesse non oportere; quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, sed heres & ea ex beneficio testatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. II. Quod legitima detrahatur tanquam a filio, Trebellianica tanquam ab herede; nihil autem absurdi sit, unum & eundem duplicem sustinere personam, & inde duplex commodum capere, *l. si tutorem 22. ff. de his quæ ut indign.* III. Quod novum non est, ut duplex deductio ex gemina deducendi causa concedatur, *l. quotiens 67. ff. ad leg. Falcid.* IV. Argumentum ducunt ex *l. 3. §. 2. ff. eod.*, ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. V. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum respondeo, id non procedere, quando utrumque ejus naturæ est, ut unum alterum excludat, *l. 34. ff. de O. & A.* Deinde imputari in Falcidiam, quicquid heres jure hereditario capit; quo jure in proposito filius legitimam consequitur; in Trebellianicam, de cujus detractione hic disputamus, etiam quod jure legati
aut

aut fideicommissi, *l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid. l. mulier 22. §. 2. ff. ad S.C. Trebell.*, sicut & in legitimam, *l. 8. l. si quando 35. C. de inoff. test. §. ult. Instit. eod.*. Ad secundum respondemus ex *l. 8. §. si quis 15. ff. de inoff. test. & l. 1. §. pen. ff. si cui plus quam per leg. Falc.*, ubi itidem unus & idem duas personas sustinet, & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde sequitur, filium optionem habere, utro jure alterutrum consequi velit. Quid quod nec verum illud est, quod ajunt, filium in proposito duplicem sustinere personam: nec enim aliter hic considerari potest, quam ut a patre heres institutus, quamvis oneretur fideicommissio. Ad tertium, unam tantum quartam in specie *l. 67. ff. ad leg. Falcid.* deduci, heredemque partem retinere suo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in casu *l. 3. §. 2. ff. ad S.C. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommissio, sed quæ si assem spectamus, unius tantum quadrantis deductio est. Ad quintum, quod legitima neque est in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur; alioqui neque per exheredationem ea privari posset. Quin nec debitum est naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filiis natura definivit: sed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum constitutionibus donatur, & quia liberis non nisi ex gravissimis causis ea adimi potest. Solum autem verum debitum heres seorsum deducere potest, idque demum novo jure ei concessum, & non nisi confecto inventario secundum constitutionem Justiniani in *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.*. Jam videamus quid ex novissimo jure pro tuenda illa duplici detractioe afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov. 39. cap. 1.* sic argumentatur: Quod filius restituere jussus est, de eo illic potestas ei fit detrahendi quartam ex auctoritate S.C.; at hoc tantum quod legitimam excedit, jussus est restituere; quia legitima fideicommissio gravari nequit, &c.. Respondeo, verbis testatoris hereditatem restitui rogantis etiam legitimam, ut ipsius hereditatis portionem contineri, & legibus satisfieri, si legitimam filius quoquo modo salvam habeat. Nam nec ante illam Justiniani constitutionem legitima fideicommissio

commisso onerari potuit: sed hoc scilicet effectu non potuit, ut filius ea vel parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommissio gravari potuerunt, quæ tamen portiones sunt hereditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum onus, accipiendum est de onere, quod ex dispositione testatoris proficiscitur, *l. 32. C. de inoff. test.*, non de eo quod ex ipso jure hereditario exurgit, de quo vide *q. 22. lib. 1.* Quin potius ex illa ipsa *Nov. 39. cap. 1.* recte colligas, non posse filium plus quam portionem legitimam deducere, quia excipitur tantum casus unus favorabilis, nempe si legitimæ deductio non sufficiat ad justum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam satis sit, quicquam deduci non permittitur, *auth. res quæ, C. comm. de legat.* Instat tamen Fachinæus, & hoc præcipue urget, quod legitima illic ipso jure videtur eximi fideicommissio, nempe ut id intra bensem consistat, cujus proinde delibatio ex *S. C.* recte fiat: quippe quod non minus suffragetur partem restituere rogato, quam totum assem. Respondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in coheredes distributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex testamento obtinentur. At, inquam, si illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu est, in casu proposito legitimam ex testamento, jureque hereditario ad filium pervenire: quoniam in casu filii instituti legitima hereditatis pars est, quæ non absorbetur fideicommissio; quippe quod intra bensem consistit, ut ipse fatetur Fachinæus: & præsumendum est testatorem voluntatem suam submisisse auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipsa a tota hereditate videbitur exclusus, quod nescio an quisquam adhuc dixerit. Non movet, quod dos filia hereditatem restituere rogata non imputetur, quoniam non est in hereditate patris, ut respondet *Papinianus in l. pater filiam 14. ff. ad leg. Falcid.*

Quod ad alterum membrum nostræ quæstionis attinet, lippis & tonsoribus notum est, jus illud duplicis detractio- nis, legitimæ scilicet & Trebellianicæ, jure Canonico liberis

universali fideicommissio gravatis concessum, in foro & judiciis ubique receptum esse. Ceterum hæc adhuc incerta sunt. I. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. II. An id obtineat in liberis fideicommissio puro gravatis, quod statim restituendum est: an vero in gravatis fideicommissio conditionali aut in diem duntaxat. III. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, *And. Gail. lib. 2. obs. 133. num. 4.* jus duplicis detractionis, tanquam ex communi opinione, restringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento *l. jubemus 6. C. ad S. C. Trebell.*, ubi Zeno liberis primi gradus, filiis aut filiabus heredibus institutis & hereditatem restituere rogatis, hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani; quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo institutos & similiter gravatos non pertineat: quam sententiam etiam probasse videtur supremus Hollandiæ Senatus *decis. 9.*: expresse eam probavit *Curia Fris. apud Joan. a Sande lib. 4. tit. 7. defin. 6.* & Senatus Sabaudiæ, *Ant. Fab. C. forens. lib. 6. tit. 27. defin. 4.* Ceterum etsi vera quidem est hæc sententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, sive quos pater, ex quo nati sunt, præcedit, & efficit, ne avo sint gradu proximi: nulla tamen profecto ratio est, cur non idem jus, quod filio competit, summoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in suo ordine gradum obtinet, idemque plane juris in bonis avi habet, quod pater, in cujus locum successit, habiturus fuisset, si vixisset, in bonis patris sui, idque jure utroque, & Canonico & Civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda & temperanda est illa modo memorata Zenonis constitutio, *Pet. de Bellapert. in d. l. jubemus*, & plures alii allegati apud *Sande d. loc. defin. 6. Græv. 2. concl. 121. num. 6.*, & ita censuit Curia Hollandiæ *decis. 17. sub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina *Gloss. in l. 8. §. meminisse 14. ff. de inoff. test.* distinguentis inter fideicommissum purum, quod illico restituendum est, & conditionale vel in diem,

diem, quod non statim in restitutionem venit: nempe priore casu filium unum tantum quadrantem, sive legitimum, sive Trebellianum deducere; posteriore utrumque, legitimum statim, ut natura sibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate S.C., quam distinctionem *Bartolus in l. quanquam 10. C. ad leg. Falc. & DD. comm. in l. 6. C. ad S.C. Trebell.* secuti sunt, ut & *Covar. in d. cap. Raynutius, Gail. 2. obs. 121.*, & Senatus Sabaudicæ apud *Ant. Fab. Cod. suo for. de codicill. defn. 7.* Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommissum purum est, una alteram impediatur: cui & hanc addit *Ant. Faber*, non tamen ex sua, sed ex Senatus Sabaudici sententia, quod eo casu dici non possit, ultra prior deduci debeat. At cum sub conditione vel in diem filius gravatus est, statim filius deducit legitimam: sed demum existente conditione, aut veniente die, deducit Trebellianicam, non ut filius, sed ut quilibet heres extraneus hereditatem alteri restituere rogatus. Ego vero sæpe miratus sum hanc distinctionem cuiquam probari potuisse: quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futili nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato pure hereditatem restituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato sub conditione aut in diem, qui interim commodum hereditatis sentit, nec fructus perceptos quadranti S.C. imputat, *l. 6. C. ad S.C. Trebell.* Quamobrem recte consilium Mechliniense in arresto revisionis, rejecta illa Glossæ & Bartoli distinctione, censuit, liberos non minus pure, quam sub conditione aut in diem hereditatem restituere rogatos, utrumque commodum deducere posse juxta *dd. cc. Raynutius, & Raynaldus*, in quam sententiam extat & arrestum præfecturæ Parisiensis apud *Ann. Robertum lib. 4. rer. jud. cap. 17.*, eamque & Curia Hollandiæ secuta est *dec. 17.*, & Curia Frisiæ, apud *Sande lib. 4. tit. 7. defn.* De tertio quid statuendum sit, adhuc minus liquet. Equidem *Baldus lib. 2. cons. 94.* ex facto consultus respondit, ubi legitima portio pro numero liberorum est semis, non duplicem portionem, sed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hereditate

capiat, qui eam restituere jussus est, quam is cui ea est restituenda; plus is qui gravatus est, quam qui honoratus. *Bald.* sequutus est *Dec. cons. 228. sub fin.*, item *Covar. in d. cap. Raynuttius §. 11. n. 6.*, ubi ait & *Molinæum* huic sententiæ subscribere *lib. 7. cons. 3.* Sed & usu ita servari videtur innuere *Ant. Faber error. pragm. dec. 11. cap. 9.*, ubi asserit pragmaticos, sive legitima sit triens, sive semis pro numero liberorum, semper ita statuere, ut si quis ex liberis portionem, quam ab intestato habiturus esset, jussus sit restituere, hereditas æquis partibus inter heredem gravatum & fideicommissarium dividi debeat. Atque ita quoque supremum apud nos Senatum aliquando judicasse accepi. Alii tamen contra statuunt, nempe liberos gravatos, quo casu legitima eorum semis est, deducere posse septuncem cum semuncia, *Crav. cons. 50. Cagnol. ad l. Papinianus 8. §. meminisse 24. ff. de inoff. test. Thesaur. dec. Pedem. 252. Jo: a Sande dec. Fris. lib. 4. tit. 7. dec. 7. Fachin. lib. 5. contr. cap. 3.*, ubi & hanc sententiam communem asserit; uti & *Græv. d. concl. 121. confid. 1. nu. 2. & 3.*, qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur *Christin. vol. 1. dec. 245. n. 7. & dec. 315. in fin.*, quamquam nihil definit. Et posterior hæc sententia probabilior est, si verba sive rationem constitutionis Pontificiæ in *d. cap. Raynuttius* consideremus. Nam & sine ulla restrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus restitutione gravatus deducit. Nec magis absurdum est, v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quam quatuor aut pauciores, quam absurdum est iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos simul paulo plus, pro favore tam copiosæ sobolis, ex bonis parentum consequi, quam extraneum forte unum, cui restituenda hereditas. Sunt qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipsis hereditatem rogatis restituere, duas quartas detrahere liceat. Vid. *Vasq. to. 2. de success. progress. lib. 3. §. 26. nu. 6. Græv. d. concl. 121. confid. 2. n. 6.*: sed cur igitur non etiam ad fratres idem producunt rogatos hereditatem restituere turpi personæ: nam & illi exheredati aut præteriti hoc casu de inofficioso agere possunt? Vid. *Cravett. cons. 10.*

C A P. XXX.

*Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes,
an in capita succedant?*

QUæstio hæc a multis tractata est; sed nescio an ab ullo ita, ut nihil amplius desideres, & qui scrupulum omnem penitus exemerit. Jure veteri certum est, fratrum filios in capita non in stirpes successisse, *l. 2. §. 2. de suis & leg. her.*; nec de hoc jure quicquam mutatum constitutionibus posteriorum Imperatorum, ac ne Justiniani quidem in Codice *l. pen. & l. ult. §. 3. C. de legit. hered. §. hoc etiam 4. Inst. de leg. agn.*. Nec mirum, quia & nunquam jure repræsentationis veniebant, ut cum thiis suis concurrerent, aut patruos excluderent defuncti, ejusve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos, nisi prærogativa agnationis: non enim cognatis, sed agnatis proximis lege deferebatur hereditas, *l. 2. §. legitima 4. ff. de suis & legit. hered. §. 1. Inst. de leg. agn. succ.*, quam agnationis prærogativam demum penitus sustulit Justinianus, *Nov. 118. cap. 4.*, unde sumtæ authenticæ, quas Irnerius *tit. C. de legit. her.* inseruit. Eadem autem Justiniani constitutio causam dedit quæstioni, quam hoc loco tractandam suscepimus. Sic igitur ille in *cap. 3. d. Nov. 118.* tertium succedentium ab intestato ordinem, id est, lateraliū, sublato veteri agnationis & cognationis discrimine, disponit.

Primum in hac successione locum obtinere vult fratres fororesque germanos sive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræsentationis, ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuisset; & quamvis soli sint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, si vixisset, non tantum thios defuncti, sed etiam eosdem defuncti fratres, tam consanguineos, quam uterinos vi ejusdem constitutionis exclusisset. Omnia contra rationem juris
vete-

veteris, quo jure fratres consanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hereditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios sororum honoraria, *l. 1. §. antepen. & pen. l. 2. §. 4. de suis, & leg. her. l. 1. §. pen. ff. unde cogn.*. Post fratres germanos eorumque de mortuorum filios ad hereditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, consanguineos & uterinos, unaque cum iis eorum præmortuorum filios in stirpes. Quod si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales ceteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quisque proximior est, ita alterum vult excludere: & si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam ercisci. Hinc, inquam, nata est proposita quæstio: Utrum fratrum filii, quando soli sunt, seu quando non concurrunt cum thiiis suis, id est, patruis aut avunculis, in stirpes succedere debeant, ut si unus e fratribus filios pauciores, unum forte aut duos; alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem consequantur, quam ille unus aut duo: an vero in capita, ut in tot partes hereditas dividatur, quot sunt personæ succedentium? Azo censuit eos in capita succedere; Accursius in stirpes. Azonis sententia vi ipsa unico tantum defenditur argumento, nempe quod ea & juri veteri, & posterioribus quoque constitutionibus consentanea sit, nec ostendi possit Justinianum quicquam in casu proposito innovasse. Accursius eumque secuti prius fatentur, posterius negant, & in hac quoque parte jus vetus a Justiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur. Qui jure repræsentationis succedunt, non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius capere possint, quam is, cujus personam repræsentant, accepturus fuisset, *§. cum filius 6. Inst. de hered. quæ ab intest.*. At filii fratrum succedunt jure repræsentationis. Ergo, &c. Qui partes Azonis tuentur, respondent falsam esse istius argumenti assumptionem, si in sensu diviso, quod hic quæritur, accipiatur, id est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianum in *d. cap. 3. Nov.*

118. eo tantum casu filios fratrum jure repræsentationis succedere velle, quando concurrunt cum thiiis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint, quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuisse, ut in patris sui locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non sit, cum soli reperiuntur, & propria ex persona succedere queant. Neque enim generaliter voluisse Justinianum, ut semper esset repræsentationi locus filiis fratrum succedentibus vel ex eo liquere, quod non statim idem jus constituit, cum fratres succedunt una cum parentibus, quod fecit demum *Nov. 127.*

Secundo proferunt Accursiani exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis suis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane sit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc est. Sed bene respondent Sectatores Azonis, duas hæc species certo jure distinctas esse. In linea recta descendentium nunquam proximitatem spectari, §. *cum filius*, & §. *ult. Inst. de her. quæ ab intest.*; in linea transversa perpetuo & solam, *Inst. de legit. agn. succ. in pr. & pr. Inst. de succ. cogn. l. 3. C. de leg. her.*, unde unum tantum illum casum, nempe cum fratrum filii cum thiiis suis concurrunt, exceperit Justinianus. Denique & hoc vel maxime Accursius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos, & avunculos, qui eodem gradu sunt, *d. cap. 3. vers. quandoquidem*. Cui argumento respondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu sunt proximiores: nec tamen inde sequatur, eos hoc casu succedere jure repræsentationis, non magis quam si quis dicat: filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu sunt; ergo succedunt jure repræsentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu est; ergo jure repræsentationis succedit. Concludit igitur Azo fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis qui eodem gradu, aut etiam proximiores sunt,

sunt, si illorum jus sit potius : sicut ex constitutione Justiniani potius est jus filiorum fratris, tanquam descendentium, quam patruorum, qui instar sunt adscendentium, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum, propter duplex vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum, *Hotom. illustr. qu. c. 14. Zas. lib. 1. intellect. sing. c. 7.*

Atque hæc quidem ita pro defensione Azonis sententiæ, cui & ipse alibi acquiesco, non improbabiler disputari videntur : sed vereor ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis *d. Nov. 118. c. 3.* Azonis opinio minus convenit. Postquam enim Justinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad successionem defuncti admisisset jure repræsentationis, ut scilicet locum patris sui obtinerent, & tantum consequerentur, quantum pater eorum habiturus fuisset: mox subjicit *ὁ Θεὸς ἀπὸ λαθρόν ἐστιν*: unde consequens est, ut istorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi sint. Ex quo vero? ex eo nempe, quod eos venire voluit ex persona patris sui. Huic enim consequens est, ut fratribus defuncti consanguineis tantum aut uterinis præferantur, sicut pater eorum, si viveret, iisdem præponeretur, ut ipse Imperator ibidem ait. At inde, inquam ego, & hoc consequens est, & sententiæ Justiniani conveniens, ut etsi defunctus nullos fratres germanos reliquit, sed horum filios duntaxat, fratresque uterinos aut consanguineos, isti fratrum germanorum filii hosce thios suos excludant non proprio aut proximitatis jure, sed repræsentationis: ac proinde non in capita, sed in stirpes hereditatem dividere debeant. Præterea in *d. c. 3. vers. quandoquidem igitur* ait Justinianus, ex eo quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, *τοῖς το πρώτοιον* dedit, manifestum esse eos etiam thii defuncti præponendos esse, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem casu ex sua persona, quia sunt proximiores, thii defuncti anteponi, sed ex persona patris sui, quem repræsentant, & cujus locum subeunt; ac proinde etiam hoc casu non in capita, sed in stirpes ex sententia Justiniani eos succedere necesse est. Ete-

nim omnino hic considerandum est, quod Justinianus, ut apparet ex tenore totius istius *c. 3. Nov. 118.*, jus repræsentationis introduxit non ad hoc solum, ut filii fratrum possent concurrere, & simul cum fratribus defuncti, a quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, succedere; verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari sunt gradu, & alias obstarent, quominus illi soli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, a quibus ipsi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres scilicet defuncti consanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi potest, quam quod filii fratrum, citra hanc repræsentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejusdem excludere possunt: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti consanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu sunt proximiores. Nec verum est, quod contrariæ sententiæ Auctores ajunt, fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctos, quia propter duplex vinculum proximiores habentur: sed illud verum est, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum esse, ut vicem patrum suorum sustineant, & jure repræsentationis, quamvis uno gradu sint remotiores, tales thios suos excludant. Similiter & illud, quod ajunt, successiones facilius descendere, quam ascendere, si juris nostri rationem spectes, falsum est in linea transversa: neque hanc novi juris a se constituti rationem affert Justinianus, sed aliam, nempe quod voluit fratrum filios in locum patris sui succedere: quod etiam bene observavit Bachovius ad *Trentl. vol. 2. disp. 16. thes. 5.* & *Ant. Faber in disp. forens.*, quam subjecit libello *de var. nummar. debitor. solut.*. Quamobrem ex sententia Justiniani sic omnino statuendum videtur, fratrum filios, sive cum iis, a quibus alias excluderentur, concurrant, sive vocentur ad exclusionem aliorum, qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent, non alio jure ad hereditatem admitti, quam repræsentationis, nec in capita, sed in

stir-

stirpes succedere. Quid vero si defunctus nullos fratres aut thios reliquerit, sed fratrum filios duntaxat? Hic facile admittam, in capita eos succedere debere: quippe cum ex propria persona venire possint, ac proinde non indigeant privilegio. Est enim jus repræsentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, nisi ex necessitate: quanquam ne hoc quidem concedant Ant. Faber & Bachovius. Et igitur, si isto, quem dixi, sensu quæstio proposita, utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant, accipiantur, haud gravate Azonis sententiæ subscribam: cum utique circa hunc casum a Justiniano quicquam mutatum esse doceri non possit. Atque hæc Cujacii quoque sententia est *parat. C. de legit. her.*, ubi negat exceptis tribus illis, quos diximus, casibus in linea collateralis, repræsentationi locum esse: item *Fachinæi lib. 6. controu. c. 3. & Bronchorstii cent. 3. assert. 69.*, quæ etiam probata senatui Sabaudia, teste *Ant. Fab. Cod. suo forens. de legit. hered. defm. 1.* Et eodem modo forte explicanda & limitanda constitutio Caroli Quinti, qua Azonis sententiam in comitiis Spirensibus confirmavit anno 1529., quod & *Mynsingero* visum arguunt, quæ scribit *cent. 3. obs. 94.* Postquam hæc scripseram, animadverti & hanc Græcorum esse sententiam ex *Harmen. lib. 5. tit. 8. num. 21.*, ubi scribit. Si defuncto fratres non supersunt, sed filii fratrum duntaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus κατὰ πρόσωπον καὶ κεφαλὴν αὐτῶν γίνεται ἡ κληρονομία τέτρεσι, ὅσοι εἰσίν, ἐξἴσθαι εἰς τὴν κληρονομίαν καλεῖνται, per capita & in singulas eorum personas hereditas distribuitur, id est, quotquot sunt, ex æquis portionibus ad hereditatem vocantur. Quo jure in proposito nostrates utantur, cognosci poterit ex *Ordin. polit. & Placit. de success. ab intestato, Grot. lib. 2. introduct. c. 28.* Nobis in hisce quæstionibus propositum non fuit indicare semper, quid juris in quaque re legibus aut moribus nostris observetur: & hoc forte aliis tædium afferret.

An in successione fratrum consanguineorum & uterinorum, discretio bonorum observanda? Et obiter an observanda in successione adscendentium?

Defficientibus intestato mortuo liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Justinianus ad hereditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos, consanguineos & uterinos, *Nov. 118. c. 2. & 3.*; qua constitutione ex parte quidem confirmat ea, quæ antea tum a Leone & Anthemio *l. 4. C. de bon. quæ lib. in pot.*, tum ab ipso *l. ult. C. comm. de success. Nov. 84. c. 1. §. 2.* sancita sunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi; sed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admissis simul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admissis, ut illi quoque excludant fratres defuncti consanguineos & uterinos, a quibus ipsi antea excludebantur. Quæsitum autem est, utrum hi fratres defuncti consanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris, ex illa constitutione Justiniani succedant; an ita ut consanguinei bona paterna, uterini bona materna consequantur, sola autem aliunde quæsitæ æqualiter inter eos dividantur? Communis sententia est, in hac successione, bona a patre profecta, ad fratres consanguineos, a matre profecta, ad solos uterinos pervenire, *Gomez. ad l. Taur. 8. num. 8. Grass. §. successio ab intestato quæst. 32. Forster. lib. 8. de succ. ab int. c. 8.*; unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis, materna maternis deferri; quam sententiam etiam amplexi sunt *Cujacius in expos. Nov. 84. Don. lib. 9. comm. 4. Gudelin. 2. de jur. noviss. 15.* Fundant autem hanc suam sententiam in *l. de emancipatis 13. §. 2. C. de leg. hered.*. Et sane negari non potest, quin Justinianus illic fratres omnes ad successionem fratris emancipati vocans, excipiat bona materna, in quæ eos solos succedere vult, qui sunt ex eadem matre. Nam de so-

lis fratribus germanis, ceu vult *Fachin. lib. 6. contr. cap. 5.*, id accipi consuetudo loquendi non patitur : nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, si dicamus illic agi de casu patris adhuc superstitis, quo propter usumfructum, quem pater habet, evidentior est bonorum distinctio. Illud enim nihilominus manet, ad bona a matre profecta solosex illa constitutione vocari, qui sunt ex eadem matre, exclusis fratribus consanguineis, quod Novella Justiniani lege 118. c. 3. negant esse mutatum. Sed videamus an hoc, quod dicunt, verum sit. Equidem decisio hujus quæstionis non ex legibus Codicis, sed ex novissima illa Justiniani constitutione petenda est. Et nos contra intrepide asserimus, etiam id, quod a Justiniano in *d. l. de emancipatis §. 2. C. de legit. hered.* constitutum est, per *d. Nov. 118. cap. 3.* esse abrogatum. Nusquam magis variant leges & constitutiones præsertim posteriorum Principum, quam circa jura successionum ab intestato, nec tantum circa ordinem descendentium, verum etiam ascendentium & lateralium, uti videre est *Inst. de her. quæ ab int. def. item de leg. agn. success. de S. C. Tertull. & Orfic. & ff. & C. cod. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de success. l. 13. & ll. seqq. Cod. de legit. her. Nov. 84. c. 1. & 2. & c.* Justinianus autem omnia illa priora jura circa hereditates intestatorum, & suas quoque ipsius constitutiones anteriores iussit cessare, ἀργῆν, *d. Nov. 118. in pr.*, eaque sola pro jure in posterum servari, quæ illic tandem de novo constituit. Relinquitur igitur, ut ex eadem Novella quæstio proposita decidatur. Quid igitur illic constituit Justinianus? Primo, deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres & sorores utrinque conjunctos, eorumque de mortuorum filios per repræsentationem succedere in universa bona defuncti fratris. Post hos secundo loco vocat fratres ex uno tantum parente conjunctos, sive per patrem, sive per matrem, & simpliciter item, ac sine ulla bonorum distinctio. Hac igitur constitutione abrogatur *l. ult. C. comm. de success. Nov. 84. §. 1. & 2. cum simil.*, quippe cum illic parentes excludantur non tantum a fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, sed etiam progenitis ex alio; hic autem illi cum pa-

rentibus admittantur duntaxat, hi etiam a parentibus excludantur, & demum post parentes, quos antea excludabant, & post fratres germanos, in quo solo nihil mutatur de illarum constitutionum priorum jure, vocentur: & denique demum post fratrum germanorum filios, quibus ipsi ante hanc Justiniani Novellam præferebantur. In *l. de emancipatis* §. 2. *C. de legit. her.*, quæ posterior est *d. l. ult. C. comm. de success.*, non tractatur simpliciter talis casus, quo fratres sibi invicem succedunt, verum quo succedunt fratri emancipato, concurrente patre defuncti quoad usumfructum: hoc casu si emancipatus reliquerit bona materna, in ea solos eos succedere vult Justinianus, qui sunt ex eadem matre; cetera bona defuncti in totam fraternitatem cedere; cetera, inquam, præter materna, ac proinde tam ea, quæ a patre forte profecta, quam quæ aliunde: & cedere, inquam, tam iis qui ex alio atque alio matrimonio procreati sunt, quam qui ex eodem: nam sub tota fraternitate comprehenduntur utique & consanguinei & uterini. Quo colore igitur Interpretes ex hoc loco illud suum, paterna paternis, materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipsum, quod circa eam speciem Justinianus ibi constituit, postea ab eo sublatum esse satis evidenter arguit *d. Nov. 118. c. 2. & 3. in pr.*, ubi cum post descendentes statim vocasset adscendentes defuncti proximos, & cum his simul ad hereditatem admisset fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus descendentes & adscendentibus, ex lateralibus primo loco vocat eosdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum distinctio est; & post hos secundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, sive per patrem solum, sive per matrem. Ex eo autem, quod post fratres utrinque conjunctos simpliciter, & jure proximitatis, vocantur ex uno tantum latere juncti, consanguinei cum uterinis, recte colligitur eos etiam similiter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris succedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quam ejusdem fratribus consanguineis; aut plus his, quam illis, in bonis profectis a patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, secundum quam successio fit in universa

defuncti bona, pariterque ad successionem vocati æqualiter defunctum repræsentant. Quando autem bona, licet a diversis parentibus profecta, semel alicui obvenerunt, unum fiunt & simplex ejusdem patrimonium insuper habita causa acquisitionis. Quod si bonorum origo & causa attenderetur, consequens & rationis esset, ut etiam consanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filiis admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut si tantum sint bona paterna, nulla materna, uterinus a consanguineo excluderetur: & ex adverso, si nulla paterna, consanguineus ab uterino: quippe in bonis quæ ab uno latere provenerunt, si causam acquisitionis & originem bonorum, non ipsum jus successionis, & propinquitatem succedentium consideremus, nihil operari potest duplicitas vinculi. Et ita in feudis consanguineum ab utrinque conjuncto non excludi constat. Ita ex veteribus *Fulgosius & Corneus* in *auth. itaque C. comm. de success.*; ex recentioribus *Petrus Barbosa* ad *l. post dotem 41. cum. 2. seqq. nu. 71. ff. solut. matrim.* *Andr. Fachinaeus lib. 6. contr. cap. 5.* *Bachovius* ad *Trentl. vol. 2. disp. 16. thes. 4.* Iisdem rationibus evincitur, nec in successionem adscendentium ullam bonorum discretionem faciendam esse, sed adscendentes quoque diversæ lineæ, qui pares gradu sunt, æqualiter succedere in bonis defunctorum liberorum undecunque profectis, non inspecta scilicet causa acquirendi, sed sola persona ejus, cui succeditur, ut recte post veteres allegatos a *Mynsingero lib. 6. obs. 55. n. 3.* *Barbosa d. loc. n. 67.* & *Fachin. d. lib. 6. cap. 4.* docent: & consentiunt *Forster. lib. 7. cap. 4. n. 2.* *Grass. §. successio ab intestato, q. 22. num. 5.*; quod mirum est, cum in quæstione modo tractata & huic plena simili a nobis dissentiant: sed hoc & ab aliis factum est. Frustra autem hic objicitur *l. 3. C. de bon. quæ lib.*; quippe ubi hoc tantum statuitur, ut nepoti defuncto sine liberis in proprietate succedat pater, avus usumfructum habeat, avus scilicet paternus non maternus. Hæc porro sententia meruit assensum Camerae Imperialis testibus *Mynsing. ubi supra,* & *Hart. Hartm. præf. obs. tit. 42. obs. 3.* & *Senat.*

C A P. XXXII.

An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos susceperit?

Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio donatoris, seu ex pœnitudine revocari potest, §. 1. *Inst. de donat. l. mortis 16. l. qui mortis 30. ff. de mort. caus. donat.* Mera autem & simplex donatio natura sua irrevocabilis est. Quod vero hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis; utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *l. 1. ff. de donat. l. ubi ita 27. ff. de mort. caus. donat.*; quanquam tamen si præscivisset donator donatarium ingratum fore, procul dubio beneficio abstinuisset: unde ortum est etiam in hisce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitude donatarii revocatio permessa, sed ob insignem duntaxat, & talem, quæ sceleris affinis sit aut conjuncta: nempe si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidietur; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conditiones donationi appositæ implere nolit. Ob has enim causas duntaxat donationem revocari permisit *Justinianus* in *l. ult. C. de revoc. don.* Additur tamen a *DD.* & alia causa revocandæ donationis, videlicet si donator donationis ἀπατῆς illiberis, post donationem factam liberos susceperit, *arg. l. si unquam 8. C. de revoc. donat.* Quamvis enim ista constitutio tantum loquatur de patrono donatore, & liberto donatario: putant tamen quorumcunque donationes eodem illo jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potissimum argumento, quod quotiens ratio legis generalis est, totiens quoque ipsa legis dispositio generalis esse intelligitur: & assumunt pro vero generalem esse juris, quod in *d. l. 8. C. de revoc. don.* constituitur, rationem, nec

magis ad donationem liberto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc esse, quod nemo præsumatur successiones alienas propriis antepondere voluisse, *argum. l. cum avus 102. ff. de cond. & demonstr. l. cum acutissimi 30. C. de fideicom.*. Unde porro eliciunt, donationem factam ab eo, qui liberos non habet, in se continere tacitam conditionem, ut si liberi ei postea nati fuerint, donatum ad se revertatur: quippe quem si de liberis cogitasset, donaturum non fuisse credi oporteat, *Gomez. lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 11. Clar. §. donatio qu. 22. Cujac. lib. 20. obs. 5. Myns. lib. 5. obs. 63. & seq. late Tiraq. in d. l. 8. C. de revoc. don. Tuld. in Cod. de rev. don. n. 3. Fach. lib. 3. contr. cap. 85.*, quo jure & nos uti scribit *Grot. lib. 3. introduct. cap. 2. adde Christ. vol. 4. dec. 192. Timæ. Fab. disp. anniv. 17. thes. 4.* Sed procul dubio in puncto juris verior est sententia eorum, qui asserunt in solo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis speciem locum habere. Cur enim Imperatores, si idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluissent, patroni tantum & non liberti mentionem faciunt? An quia ad consultationem partis rescribunt, quia forte ex facto incidere, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atqui hanc suam constitutionem non dirigunt ad consultorem aliquem, sed ad præfectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens, &c.*. Quod si in quolibet donatore idem obtinere voluissent, uno saltem verbo id indicassent, aut utique ita scripsissent: *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit, &c.* Itaque constitutio hæc, quæ singulare jus continet, *l. sicut 5. C. de oblig. & act.*, & contra regulam de donationibus semel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non est extendenda. Multa in liberto sunt singularia, quæ constat ad alios trahi non posse: quippe qui propter inæstimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, sed etiam obsequia & operas, *ff. de obseq. par. & patr. præst. & ff. de op. libert.*: qui patronum egentem liberosque patroni de suo alere tenetur, *l. si quis 5. §. solent 18. ff. de agnosc.*

agnosc. & alend. lib. ; qui moriens certis conditionibus bona sua patrono debet relinquere , & cujus intestati bona certis item conditionibus ad patronum liberosque ejus redeunt , *Instit. de success. libert.* ; quem eandem ob causam etiam multa æquo animo ferre oportet ; quæ licet cum incommodo ejus , favore patroni constituta sunt , §. 1. *Inst. qui & ex quib. caus. man.* §. 1. *Inst. de hered. qual.* , & iniquum esset constitui in aliis . Vnde etiam est , quod vel neglectus obsequii in liberto donatario sufficiens causa sit donationis in eum a patrono collatæ revocandæ , *l. 1. C. de revoc. donat.* . Cum itaque qualitas ipsa personæ donatoris & donatarii sit præcipua causa hujus revocationis , non soli aut per se liberi a donatore postea suscepti , quis non videt propter eandem conditionem personæ in liberto donatario duntaxat hanc præsumtionem valere , Principes voluisse , ut eadem mente ille , eademque lege accipere intelligeretur , qua patronus pro effectu donare ; nimirum ut natis postea patrono liberis donata reddat : in aliis vero valere jus commune , quo propositum in mente retentum nihil operatur . Nam quoties lex de certis personis loquitur , quibus aliquid beneficii tributum vult , certum est legem ad alias personas non pertinere , *l. si vero 64. §. pen. ff. solut. matrim. l. quod constitutum 21. ff. de testam. mil.* . Et illud utique palam est , jure communi non sufficere ad revocationem donationis , quod forte in unius animo aliquid præsumatur , cum utriusque consensu perficiatur donatio ; nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones , aut conjecturas sectari , ubi verba legis aperta sunt ac clara , & sensum minime absurdum habent . Perperam vero ad præsentem casum trahitur , quod pro ratione decisionis in specie dispositionis ultimæ proposita in *l. cum acutissimi 30. C. de fideicommiss.* affert Justinianus , neminem scilicet præsumi alienas successiones propriis anteferre . Nam decisio *d. l. cum acutissimi* tantum locum habet in testatore fideicommissio gravante unum ex progenie sua , cujus porro posterii & ipsi sint in familia testatoris : quod quomodo ad nostrum casum , ubi aliquis liberos non habens in extraneum absolute & perfecte

cunque factam revocari; quippe quo admisso nemo nisi liberos habens pure & plene donare intelligeretur. Hoc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, sed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem, *d.l. si unquam*, qui proinde de iis jam iterum libere disponere potest, & salva saltem liberorum legitima, ea omnia una cum ceteris bonis in quoscunque velit, conferre, *l. 1. l. 2. & tot. tit. C. de inoff. donat.*. Atque ita, quo nihil dici potest absurdius, posteriores illi potiores erunt & præferentur ei, in quem jam antea earum rerum dominium plene & absolute translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri: quod vel solum argumento esse potest, qualitatem ipsam personæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam esse hujus revocationis causam. Ex hoc porro simul concidunt objectiones sumptæ a miseratione liberorum, & injuria, quæ alias eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis est jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela scilicet inofficiosæ donationis, *tit. C. de inoff. donat.*. Et ipse quoque pater eam revocare potest, quatenus debitum liberis bonorum subsidium excedit, *l. si totas 5. C. eod. tit.*. Aliud remedium frustra quæsieris. Executiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos postea natos, tanquam ex causa generali loquatur, ac ne apud Justinianum quidem, qui, cum liberorum jura ubique non servaverit modo, sed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset; certe ubi expresso recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, id omissurus non fuerat. Quid quod & Canones huic nostræ interpretationi consentiunt, *c. ult. cap. 17. quæst. 4.*, ubi Divus Augustinus laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat: *In potestate, inquit, habebat Episcopus non reddere; sed jure fori, non jure poli.* Respondet *Fabianus d. lib. 3. cap. 86.*, Constantinum non potuisse ligare Ecclesiam: quasi vero Ecclesiæ exleges fuerint. Posset forte

huic

huic responsioni species aliqua prætexi, si Augustinus de Romana loquutus fuisset: quia jam tum scilicet a Constantino facta erat Sylvestro Episcopo Romano prodigiosa illa donatio, quæ memoratur *lib. decretor. distinct. 96.* Postremo de solis patronis donatoribus & liberis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, constitutionem Constantini, quæ tertia est in *Codice Theodosiano tit. de revoc. donat.*, & eadem cum illa octava in *Codice Justiniano eod. tit.*, interpretatus est Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante imperium Justiniani: eoque modo eandem constitutionem accepit *Harmonop. lib. 3. tit. 2.* item *Azo in summ. & plerique Neotericorum, Connan. lib. 5. comm. cap. 10. Ant. Fab. lib. 7. conject. cap. 14. & 15. Donell. ad d. l. si unquam, Bachov. ad Treutl. disp. de donat. thes. 7. lit. E. Coras. lib. 7. miscell. cap. 30. Hotem. lib. 1. respons. amic. cap. 12.*, ubi levicula quædam removet, quæ a Cujacio objiciuntur ex *l. cum tale 72. §. 1. ff. de cond. & dem. & l. 1. C. de revoc. donat.*, quasi quæ ibi constituuntur de liberto, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accursio & aliis negat Hotomannus. Sed sit ita, quædam quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non libertis; inde tamen non efficitur, etiam in quæstione proposita eandem liberti & extranei rationem esse, cum in plerisque aliis longe sit diversa, & quod hic contra tenorem juris communis introductum est, in persona donatoris patroni non debeat produci ad consequentias, *l. quod vero 14. & l. seq. ff. de legib.*

C A P. XXXIII.

An per querelam inofficiosa donationis tota revocetur donatio?

Querela inofficiosa donationis species quædam est revocationis donationis factæ inter vivos, comparata confirmandæ querelæ inofficiosi testamenti gratia, ad quam eludendam donationes inofficiosa instructæ sunt, *l. 1. l. si mater 7. C. de inoff. donat.*, Nimirum exhausto immodica donatione

patrimonio querela inofficiosi testamenti eluditur, legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, sive donator eos heredes instituat, sive intestatus decedat: nihil enim his relinquatur præter nudum nomen heredum: nec querela datur nisi præteritis aut exheredatis, *pr. Inst. de inoff. testam.* Sed & si alium heredem donator instituat, querelam tamen inutilem facit inofficiosa donatio, ut ne sic quidem præteriti aut exheredati quicquam consequantur præter nomen inane heredum, *l. 3. C. eod. tit.* Atque hinc est, quod inofficiosa donationes instructæ dicuntur ad querelam inofficiosi testamenti eludendam, excludendam, intervertendam, *l. 1. l. si mater 7. C. eod. l. Titia 87. §. Imperator 3. ff. de legat. 2.* Cum igitur inofficiosa donationes excogitatae essent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occursum est opportuno remedio, quo immodicæ huiusmodi donationes revocarentur, constituta in eam rem querela inofficiosa donationis, ad exemplum & similitudinem querelæ inofficiosi testamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur, in totum ne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu est dicere. Nam cum ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti hæc revocatio introducta sit, consentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficiosi tota rescinditur institutio, sic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio: omnes autem fere leges subjectæ titulo *C. de inoff. donat.* hanc comparisonem continent. Est quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficiosi testamenti impugnatur ultima dispositio, & injuria exheredationis vindicatur: hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus, idque ab ipsis heredibus, quamvis solo nomine: sed hoc parum ad rem præsentem facere videri potest, cum in *l. ult. C. eod. tit.* Imp. dicant, dubitandum non esse, quin immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis æstimanda, vel idem & temporibus & moribus. Afferuntur pro hac sententia & loci nonnulli aliunde petiti, præsertim ab

Ant. Fab. lib. 3. conject. 17. Et primum, quod apud *Ulpianum l. si libertus 16. ff. de jur. patron.* legimus; si libertus se minorem centenario in fraudem legis fecerit, in totum non valere, quod factum est: unde colligunt etiam donationem inofficiosam, quæ & ipsa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari. II. *L. cum rerum 4. C. de contr. emt.*, ubi cum mulier omnia sua bona donasset Luciano, eaque defuncta relicto filio Lucianus bona sibi donata & tradita emisset a filio herede donatricis, ajunt Imp. hanc emtionem prodesse posse Luciano ad defensionem, *ne (filius) exemplo inofficiosi testamenti possit hæc avocare*; quæ verba videntur manifeste ostendere filium immodicam donationem a matre factam in solidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri potest, quam ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab eo donata*. Ceterum hæc ad decisionem hujus quæstionis non satis momenti habent. Nam dici potest, comparationem illam utriusque querelæ non absolute, sed secundum quid accipiendam esse, quatenus scilicet una & similis utriusque causa est, eademque temporibus & moribus, cum utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitude: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. Omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus introducta*, commode sic accipiuntur, omnibus scilicet legibus, quæ de hac querela disposuerunt, vel pro omnibus, quibus concessa querela inofficiosi testamenti: ut illud discrimen adhuc maneat, quod licet testamentum inofficiosum in totum rescindatur, immodica tamen donatio pro parte duntaxat: idque hac ratione, quia testamentum inofficiosum privat liberos hereditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur; at donatio inofficiosa non facit, quominus iidem donatori heredes sint, qui sine donatione futuri erant, *l. 4. C. de contr. emt.*, sed ut qui erunt tantum non percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri essent, puta portionem saltem legitimam.

Sed & comparatio inofficiosa donationis, & donationis factæ a libertis in fraudem legis & patroni dici potest claudicare, Vtramque quidem in fraudem legis fieri, sed illam

liberti in totum ; quia libertus donando se minorem faciens centenario, facit omni ex parte in fraudem legis *d.l. si libertus 16. ff. de jur. patron.* . Inofficiosam autem donationem hactenus, quatenus dodrantem aut bessem (ut hodie) excedit, in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipso jure non valere, *d.l. si libertus*, hanc etiam qua parte inofficiosa est, ipso jure valere ab initio, sed instituta querela, quatenus inofficiosa est, rescindi, *tot. tit. C. de inoff. donat.* . Ad de cisionem quoque quæstionis propositæ non multum facit *d.l. 4. C. de contr. emt.* : quoniam ibi alia quæstio principaliter tractatur, nec est necesse ut propter id, quod in fine constitutionis dicitur, filium non posse hæc avocare, dicamus alias eum bona omnia, quæ donata sunt, posse avocare. Constat rescripti sententia, si alias quædam avocare potuisset : nec verba respuunt hanc interpretationem, quod scilicet hoc sentiant Impp. usque ad eam partem, quam alias avocare posset filius. Luciano emtionem prodesse, nempe ut ex emtionis causa etiam trientem retinere possit, quem ex causa donationis retinere non poterat. Majorem speciem habet, quod Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano rescripsisse, *Paulus in l. Titia Sejo 87. §. 3. de legat. 2.* memorat, donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari ; quod non nisi de dimidia totius, quod donatum est, capi posse videtur : cui consequens est, si in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in solidum.

Sed tamen ego huic sententiæ acquiescere non possum : & magis puto ex causa inofficiosæ donationis non totum revocari quod donatum est : sed pro ea tantum parte, pro qua donatio est inofficiosa, modum scilicet legitimum excedens, & quartam iis, quibus debetur, adimens. Non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primo, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus excedatur, non totum infirmatur quod gestum est, sed quod illicite gestum est duntaxat, *l. placuit 29. ff. de usur. l. sancimus 34. C. de donat.* . Et quid notius regula, utile per inutile non vitiari, *l. 1. §. sed si mihi 5. ff. de verb. oblig. C. utile de reg. jur. in 6.*

in 6. II. Quia alias in casu donationis omnium bonorum, aut ejusmodi partis, quæ legitimam minuat, supervacanea esset constitutio *l. si unquam 8. C. de revoc. donat.*; quoniam certum est jure veteri, liberis sive tempore donationis jam natis, sive postea editis, hanc querelam competiisse. III. Probat hęc sententia textu expresso in *l. 2. C. de inoffic. donat.*, ubi donatio immensa in filium in potestate constitutum collata hætenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ erciscundæ quarta pars debitæ ab intestato portionis sorori ejus præstetur incolumis. Respondet Ant. Faber, vim oppositionis duorum casuum, quorum uno donatio in filiumfam. collata, altero in emancipatum, in hoc sitam esse, quod priore casu legitima tantum, posteriore totum revocetur. Sed hoc prorsus commentitium est, vel quia priore potius casu donatio ex ratione juris nulla & invalida in solidum revocanda erat; vel potius quia, ut ex ipso textu apparet, in hoc oppositio consistit, quod priore casu remedio ordinario, posteriore extraordinario querela inofficiosæ donationis revocetur: utroque autem casu usque ad legitimam. IV. Per *l. si totas 5. C. eod. tit.*, ubi dicitur ex donatione immensa detrahi, quod necesse est relinqui liberis non ingratis ad submovendam inofficiosi querelam. Respondet Ant. Faber, donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuisse, eoque initio inspecto donationem non fuisse inofficiosam. Quid tum postea? Nonne satis, est donationem postea propter alios liberos susceptos inofficiosam fieri, ut liberi queri possint? De cujus querelæ natura sic est, ut donatio in solidum revocetur, etiam hoc casu eundem effectum habere debet. V. Huc accedit *text. in l. 7. C. eod.*, ubi Impp. non totum, quod gestum est, revocari ajunt, sed disertis verbis, quod immoderate gestum est. Respondet Ant. Faber, totum revocari quod immoderate gestum est, non quatenus immoderate gestum est: quod est apertum σόφισμα meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda est & explicatio *l. Titia Sejo 87. §. 3. ff. de legat. 2.*, ubi eadem plane species proponitur & deciditur, quæ in hac *l. si mater*, excepto eo, quod illic avia in unum e duobus nepotibus totum patrimonium suum effudisse proponitur, hic mater in unum

e duobus filiis. Igitur quemadmodum hic non dimidium totius, quod donatum est, sed dimidium ejus, quod illicite donatum est, revocatur, vel, ut hoc apertius Impp. in *d.l. si mater* explicant, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus agentem sufficeret: ita etiam illic nempe in *d.l. Titia Sejo §.3.* dimidiam partem accipere debemus, partem dimidiam ejus, quod immoderate gestum est, non omnium bonorum, sed portionis legitimæ, utrique scilicet debitæ: eoque facit & *Nov.92.*, cujus speciem ex Harmenopulo ponit *Cujacius lib.5. obs.14. VI.* Facit huc optimus text. in *l.8. in fin. pr. C. de revoc. donat.*, ubi expresse dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum est deminui. Respondet Ant. Faber, intelligi ibi quartam non legitimam, sed quartam ab intestato debitam: fingitque in casu illic proposito matrem quatuor reliquisse liberos: quod vix confutatione indiget. Quod autem ibidem addunt Impp. *ad instar inofficiosi testamenti convicti*, illa comparatio non ad quantitatem quæ revocetur, sed ad jus revocandi pertinet. V. Idem evincitur ex *l.un. C. de inoff. dot.*, ubi itidem ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti dicitur, liberis adversus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita sunt illud ipsum, quod in *l.5. C. de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum subsidium. Non me latet plerosque ita distinguere, ut si in extraneos collata sit donatio cum consilio fraudandi, tunc tota revocetur; si sine consilio fraudandi, pro parte tantum: si in aliquem ex liberis, indistincte pro parte duntaxat; eamque distinctionem judiciis & consuetudine publica probari, testibus *Sichard. in l.1. n.4. C. de inoff. donat. Gomez 2. var. res.4. n.13. Covar. pract. quest.19. n.12.* Ceterum juri scripto consentaneam non esse patet ex *d.l.1.*, ubi extranei & liberi eodem jure censentur. Nec vero persona accipientis donationem inofficiosam facit, sed profusa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & consilium fraudandi habuerit, *d.l.1. l.7. C. eod.*

C A P. XXXIV.

An pro mortis causa donatione haberi debeat, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo modo revocaturum donationem?

Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem; veluti cum quid metu mortis vel ex præsentis vel ex futuro periculo donatur: puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si pestis grassetur, &c. *l. 2. §. aliquot. seqq. l. senatus 35. §. 4. ff. de mort. caus. donat.* Ceterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est: nec enim sufficit ad hanc donationem, a moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur, *l. Seja 42. §. 1. in fin. ff. de mort. caus. donat.* Quin etiam extra suspicionem alicujus periculi, & a sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur sola cogitatione mortalitatis, *d. l. 2. & d. l. senatus §. 4.* Sed itidem verbis hoc declarandum est, ne alias donatio pro pura & simplici habeatur. In omni autem mortis causa donatione, qui donat se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult: & ut verbo dicam, se potius habere vult, quam eum, cui donat; illum deinde potius, quam heredem suum, *l. 1. d. l. senatus, §. 2. eod.* Atque hæc ratio est, cur hanc donationem revocare liceat, secus atque donationem inter vivos: quippe in qua qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum, quam se, habere mavult. Tribus autem casibus mortis causa donatio fit irrita aut revocari potest, duobus ex parte donantis, pœnitentia, & periculi, cujus intuitu donatio facta, sublatione: uno ex parte donatarii, si is ante donatorem moriatur, *l. 19. l. 29. & l. seq. ff. eod. §. 1. Inst. de donat. l. 19. ff. de reb. cred.:* quanquam conventionem effici potest, ut ne revocetur omnibus istis casibus, *l. 13. in fin. ff. de mort. ca. donat.* Illud autem quæsitum

est, an & illa donatio pro mortis causa donatione habenda sit, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo casu aut modo donationem revocaturum. Et magis est, ut ea non pro donatione mortis causa, sed pro donatione inter vivos habenda sit: quod & communiter placuit, *Bart. post Gloss. in l. 7. ff. eod. Clar. §. donatio q. 4. Gomez. lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 22. Schneid. in §. 1. Inst. de donat. n. 3. & 4. Fachin. lib. 5. cap. 23. Thulden. C. de mort. caus. donat. n. 3. Perez ibid. n. 12. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 19. thes.* Etenim cum ex sententia *Juliani* relata & probata ab *Ulpiano* in *l. 2. ff. eod.* ex mortis causa donatione vel non statim transeat dominium, vel transeat sub tacita conditione, ut scilicet non ante pro perfecta habeatur, quam mors fuerit insecuta, *l. non videtur 32. ff. eod.*, mortis causa donatio dici non potest, per quam pure & absolute omnique jure revocandi excluso dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis causa, donator se primum cogitet, & ipse rem habere malit, quam donatarium, *l. 1. l. senatus 35. §. 2. ff. eod.*, mortis causa donationi non potest adscribi illud genus, in quo donator solum spectat donatarium, & illum potius, quam se habere vult. Nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere potest. Unde etiam plus quam manifestum est, hic deficere partem aliquam donationis causa mortis substantialem, & ideo in aliam donationis speciem rem transire, quidquid in contrarium disputet *Ant. Fab. dec. 45. err. 1.* Imo nec potest ullo modo videri mortis causa, id est, propter mortem & periculum imminens donatum esse, cujus revocandi facultatem omnem sibi donator ademit. Et hoc est, quod *Marcianus* responso suo significat in *l. 27. ff. eod.*, cum ait: *Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ait, causa donationis magis est, quam mortis causa donatio: id est, in ejusmodi donatione mors est potius causa impulsiva & occasio donandi, quam causa finalis, seu τὸ ἔσπερον. Unde infert perinde eam haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos; quæ verba aperte ostendunt, *Marcianum* hanc quoque

que donationem pro specie donationis inter vivos agnosce-
re. Denique, quia talis donatio, ut & ceteræ inter vivos, nul-
lam similitudinem cum legatis habet, §. 2. *Inst. de donat.*: hinc
porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Fal-
cidiam pati: quod utrumque in donatione mortis causa fe-
cus se habet, *l. 9. in fin. cum l. seq. ff. de donat. int. vir. & uxor.*
l. 5. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de don. mort. caus.. Frustra autem
huic sententiæ objicitur *l. 13. §. 1. ff. de mort. caus. donat.*, ubi
Marcellus notat, in mortis causa donationibus etiam facti
quæstiones esse: posse sic donari, ut omnimodo ex ea valetu-
dine donatore mortuo res non reddatur, & ut reddatur,
etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam
mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed & sic posse, ut non
aliter reddatur, quam si prior ille, qui accepit, decesserit: de-
nique sic quoque posse, ut nullo casu sit ejus repetitio, id est,
nec si convaluerit quidem donator; quod totidem & iisdem
verbis etiam apud *Paulum* relatum est *l. 35. §. 4. ff. eod.*. Nam
Jurisconsulti illic proponunt diversos casus, quibus propter
mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adje-
ctæ revocetur aut non revocetur mortis causa donatio, secus
atque si nulla lex adjecta fuisset, salvo tamen hic manente
jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim saltem casus ma-
nere debet, quo revocari hæc donatio possit, & dici donato-
rem se habere maluisse, quam eum, cui donavit, in quo sub-
stantia hujus donationis consistit. Quid vero respondebimus
ad *Nov. 87. in præf. & cap. 1.*? Justiniani esse nemo, qui eam
legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix esse, ut ea in
foro ad decisionem causæ allegari possit: quanquam a recen-
tioribus inserta est. Sed respondemus, ex toto tenore tum
præfationis, tum *d. cap. 1. Nov. 87.* satis clare apparere, Impe-
ratorem loqui de renuntiatione revocationis, non indefinita
aut absoluta ex omni causa, sed ex una duntaxat, nempe ex
causa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis causis ad-
huc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus con-
templatione donatio facta, aut si durante adhuc periculo
præmoriatur donatarius. Nos autem hic disputamus, cujus
generis donatio habenda sit, cum quis mortis causa se dona-

re dicit ea lege simpliciter & absolute adjecta, ut nullo casu revocetur. Cujusmodi donationem dicimus annumerandam esse donationibus inter vivos: mortis autem causa donationem non esse, nisi *κατὰ τὸ λέγεσθαι*.

C A P. XXXV.

*An dissensio in causis dandi & accipiendi impediatur
dominii translationem?*

Nihil tam conveniens est æquitati naturali, quam voluntatem Domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. 9. §. 3. ff. de acq. rer. dom. §. per traditionem 40. Inst. de rer. divis.*; quippe cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter, *l. 21. C. mandati*. Ceterum ut quis velle rem suam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent: primum, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat: deinde, ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit, &c.. Prius ideo desideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *l. si procurator 35. ff. de acq. rer. dom. & arg. l. 15. ff. de jurisdic.*. Ajo in dominio rei suæ: nam si quis non erret in re sua, non in ea de qua transferenda agitur; sed in re alia, puta in causa debendi, hic error alienationi non obstat, ac propterea indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Alterum ideo necessarium, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud *Pauli: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, l. nunquam 31. ff. de acq. rer. dom.*. Nec dicat quisquam hoc requiri superflue, cum si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, *arg. l. Campanus 47. ff. de oper. libert.*; quoniam hoc tunc solummodo locum habet, cum res consulto data est, *l. cujus per errorem 53. ff. de reg. jur.*. Illud non refert, revera præcesserit causa, an opinione tradentis, veluti si indebitum per errorem tanquam ex justa causa debitum solutum sit.

Sed

Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio obstet, quominus dominium transferatur. Et si quidem vel in tradente nulla sit causa domini transferendi, vel in accipiente nulla nanciscendi, nemo dixerit dominium transferri: verbi causa, si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam accipias: aut e converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa; hic, inquam, certum est dominium non transferri, quoniam non concurrat affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem domini requirimus, *l. in omnibus 55. ff. de oblig. & act.*. Ac talis species est, quæ proponitur ab *Ulpiano* in *l. 18. §. 1. ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit J.C. de nummorum dominio aut de extantium in his causis repetitione, quia ea res expediti juris est, nempe extantes nummos posse vindicari, propterea quod eorum dominium translatum non est, *l. 1. ult. ff. d. tit. §. ult. Institut. quib. alien. lic.*, sed quia de consumtis dubitari poterat, respondet eo casu locum esse conditioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra superiore specie contingat, ut is a quo repetuntur, aut possideat nummos consumptos, aut dolo malo desierit possidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo desit possidere, *l. 36. ff. de rei vind.*. Intelligit autem haud dubie conditionem sine causa, cum nullum negotium inter tam aperte dissentientes contrahi manifestum sit. Addit J.C. *sine doli exceptione*, respiciens nimirum ad speciem initio *d. l. 18.* propositam, ubi nummis consumtis ita conditione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione se tueri queat, eo quod secundum voluntatem dantis consumti essent. Secus jam esse dicit in ea, quam nunc tractat, specie; & merito. Sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive quasi mutuam, utroque casu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi consumti sint secundum voluntatem dantis, ut fit, cum quasi mutui dati sunt, tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneat, sed ut etiam consumti reddantur, semper cum repetentur, certum est non repeti eos contra voluntatem, ut con-

tingit in eo, qui quasi donaturus dedit; sed maxime secundum voluntatem dantis & accipientis, quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiversationem adimit. At enim vero si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi tradam fundum tanquam a me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias; vel si ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse, dominiumque in accipientem transire: sic enim generaliter definit *Julianus* in *l. 36. ff. de acq. rer. dom.* Videtur tamen a *Juliano* dissentire *Ulpianus* in specie posteriore, cum videlicet pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accepisti, *d. l. 18. pr. ff. de reb. cred.* Primum negat *Ulpianus* hic esse donationem; sed hoc etiam ex sententia *Juliani*. Deinde ait nec mutuam esse: ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero dissensit, quia mutuo data non est. Sed quod idem *Ulpianus* addidit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum dissidere a *Juliano*, qui generaliter definit, dissensum in causis tradendi & accipiendi non obstare translationi, cum in corpus acquirendum consentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declarat in *d. l. cum in corpus 36. de acq. rer. dom.*, quod proponitur ab *Ulpiano* in *d. l. 18. pr.* Sunt, qui hoc dissidium componi posse negant. Et sane vix ferri potest, quod *Alc. lib. 5. par. 15. Zas. in d. l. 18. num. 7. & seqq. Bronch. 2. assert. 21. Pac. 3. enant. qu. 67.* ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diversas in iis proponi species: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, sed apud *Julianum* eam sic accipi quasi debitam accipienti ex præcedente contractu, seu solutionis causa datam, apud *Ulpianum*, quasi mutuo datam a tradente: pecuniam creditam apud *Julianum* sic interpretantes, non quasi creditam a tradente sive mutuam datam accipienti, sed quasi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam sibi debitam nunc solvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non potest. Nam ex verbis præsentis temporis, quibus *Julianus* utitur, nempe *tradam*

& accipias, apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut sit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu quasi nunc creditam tibi accipias: non potest autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non sit profecta, qui eam non das, sed a me, qui eam tibi trado. Ego enim is sum, qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita esse postea dicitur, a me quoque credita, id est, tibi mutuo data intelligi debet. Quanquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etsi demus non esse id exemplum, quod diximus, tamen definitio generalis posita in *d.l. cum in corpus* 36. satis id exemplum & similia omnia complectitur, ubi id actum, ut Dominus fieret, qui accepit: quod utique etiam tunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quasi mutuam accipis: quoniam & hic in eo consentitur, ut proprietas, id est, dominium, *l. 13. ff. de acq. rer. dom.*, transcat in accipientem, licet ille hoc animo sit, ut parem summam quandoque restituat. Neque video quid intersit, utrum conventio aliqua de donando sive revera, sive opinione tradentis præcesserit, an statim & actutum nulla conventionem præcedente donandi causa pecuniam tradiderit, eaque quasi mutua accepta sit: neque enim minus hoc quam illo casu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua est componendi ratio, ea est quam affert *Connan. l. 3. comm. cap. 17.* & *Donel. ad d.l. si ego pecuniam* 18., nimirum verba hæc *Ulpiani, magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem pati posse interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino fiant accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant, *arg. l. aliud est capere* 71. *ff. de verb. signif. l. non videtur* 51. *de reg. jur. l. 38. §. 3. ff. de solut.*, comparate videlicet, & respectu acquisitionis rei, quæ ex causa donationis traditur & accipitur: fiant tamen ejus inspecto initio, quia proprietas eorum statim transfertur; cujus rei hic effectus est, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem posteriore modo verba *Ulpiani* capienda esse propter illam, quam diximus, generalem definitionem *Juliani*. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio

ab Ulpiano subjecta nobis ultro suppeditat, *cum alia opinione acceperit*; quippe qui donatum sibi tanquam mutuum accipit, non eo animo est, ut Dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter, & sine obligatione restituendi tantundem, tanquam ex causa donationis. Unde apparet J.C. licet his verbis, *magisque nummos accipientis non fieri*, videatur respondere de dominio, vi tamen ipsa respondere de repetitione, nempe etsi fiunt quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfecte, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, si tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quasi mutuum accipias, nummos, etiamsi adhuc extent, vindicari non posse? Ajo enim vero: hoc enim necessario consequitur posita domini nummorum translatione. Neque contrarium est, quod *Ulpianus in d.l. si ego pecuniam* scribit: *Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi consumti.* Nam inde non recte colligas, si nummi adhuc extant, eos vindicari posse; sed hoc tantum, posse eo casu condici sine metu exceptionis: cum si consumti fuerint, licet conditio perseveret, ea tamen non noceat accipienti, cum possit condicentem repellere exceptione doli, propterea quod secundum voluntatem ejus consumti sunt. Perinde ergo est, ac si dixisset, licet nummi condici possint, sive extent, sive consumti sint: hoc tamen interesse, quod consumtis nummis conditio sit inefficax, &c.. Idem autem de extantibus nullo modo dici potest, ac ne quidem de consumtis post revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes possunt, quippe dominio eorum in accipientem translato; nec consumti efficaciter condici, quia consumti secundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extent, conditio erit efficax, eosque mutata ante consumptionem voluntate repetens nulla exceptione summoverti poterit. Locus autem hic erit condictioni sine causa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt sine ea causa, ob quam vel dati vel accepti sunt; condictionem sine causa inde nasci necesse est, si dominium, quod jam probavimus, in accipientem translatum est, *l. i. in fin. ff. de cond. sin. caus.*

C A P. XXXVI.

Possitne dari plena possessionis definitio, quæ species omnes complectatur, & quænam sint istæ species?

Varii variis modis definire conati sunt, quid sit possessio: sed nimium scrupulosi fuerunt & plerique in hisce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod *Galenus* φιλολυσίαν appellat, quasi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longissime recesserunt a more & exemplo veterum J.C., qui in quærenda & conficienda accurata possessionis definitione noluerunt nimis esse solliciti. Utique *Paulus* noster in *l. 1. pr. ff. de acq. poss.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua descriptione, cum possessionem vocat κατοχήν, id est, detentionem. Ait autem porro possessionem dictam esse a sedibus, quasi positionem sedium; ita enim in libris Florentinis legitur, ac melior est hæc lectio, quam vulgata illa *Accursii, Bartoli, & aliorum*, qui legunt: *Possessio appellata est a pedibus, quasi pedum positio*: nam possessio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Possidet ergo, qui sedes posuit: nec a grammatica notatione id abhorret, *possessio, positio sedium*. Grammatici tamen possessionem derivant a verbo *sedeo* juncta particula *pos* aut *potis pote*: unde adhuc hodie dicitur *impos, compos, possum*, quasi *pos* vel *potis sum*, & *possidere*, quasi posse sedere. Qui enim possidet agrum, is ingredi, discedere, redire, item sedere & tenere potest. Atque hæc ipsa derivatio J.C. improbari non potest, qui & possessionem acquirere nos posse ajunt, si ejus rei, quæ ante oculos nostros posita est, apprehendendæ potestas nobis fiat, etsi eam manu aut pedibus non attigerimus, *l. 1. §. 21. ff. de acq. poss. l. 18. §. 2. eod.*, & possessionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & potestatem redeundi, insistendi, atque infidendi habemus, *l. 6. §. ult. & l. seq. ff. eod.*. Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occasione disputant de vi argumenti ab etymologia sive notatione, & contra a nomine

sum-

sumti, sive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen & notationem intercedit. Sed hæc disputatio cum non sit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda est. Illud certum est, etymologiam aptiorem esse ad explicandum, quam ad probandum. Est enim, ut Galenus ait *l. 2. de decret. Hippocr. & Plat. μάρτυς ἀλάζων*, quamvis ut quibusdam placet, sit ἑξηγητής δεινός, interpret idoneus. Notandum porro est, interdum possessionis verbo proprietatem significari, *l. 78. ff. de verb. sign. κὶ τὴν ἐσίαν Cic. in par. Dives est, cui tanta possessio est, ut liberaliter possit vivere: tanta possessio, id est, tanta substantia, tantæ facultates. Sed maxime de rebus soli seu prædiis dicitur, Cic. or. 1. in Cat. Qui magno ære alieno majores etiam possessiones habent: apud nostros passim, l. pen. ff. de alien. jud. mut. ca. l. 12. pr. ff. de instr. vel instrum. leg. l. 3. ff. de extr. cogn. l. 6. l. 15. C. de rei vind. l. 2. C. de prob. l. 8. C. de comp. &c.; eadem scilicet significatione, qua apud Græcos κτήμα, aut apud Poetas κτέαρ. Denique & illud notandum, possessionis verbum interdum abusive usurpari pro usucapione, forte ideo, quia possessionis civilis proprius hic effectus est, ut eam suo tempore sequatur usucapio: ita usurpatur id verbum in *l. 19. ff. ex quib. caus. major. l. 23. §. 1. eod. l. 20. ff. de usuc.**

Ergo, ut dixi, Paulus in *l. 1. pr. ff. de acq. poss.* non defini- vit possessionem, sed post allatum etymon nuda descriptione contentus dixit esse κατοχήν. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam definitio omnes species complecti debet, easque multas habet possessio, cum alia sit civilis, alia naturalis; alia justa, alia injusta; alia corpore, alia jure constans, de quibus speciebus mox ex professo, maluerunt olim peritissimi homines a definitione possessionis abstinere. Accursius in *l. 38. §. 5. ff. de verb. obl.* ait eos ausos non fuisse possessionem definire. Quid ergo? an non potest dari plena & perfecta possessionis definitio, quæ species ejus omnes complectatur, atque, ut in scholis loquuntur, quæ cum suo definito reciprocetur? Ajo enimvero, nam quod difficile est, non utique & impossibile. Quamobrem, ut mori publico satisfiat,

tis fiat, eam hoc modo definitio: *Possessio est rei corporalis detentio, cui inest affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi*. Vox *detentionis* hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam possidere: quippe cum is etiam teneat, qui sine iudicio, aut voluntate affective tenet. At detentio, quæ in possessione locum habet, juncta esse debet cum affectione & voluntate tenendi, *l. 41. ff. de acq. poss.*; qua de causa et si tenet furiosus, non tamen possidet, *l. 1. §. 3. & §. 10. ff. eod.*. Deinde detentio hæc vel vera est, puta cum is qui possidet per se & corpore suo, non per alium possidet; vel ficta per juris interpretationem, puta cum possideo corpore alieno & animo meo, vel simul corpore & animo alieno, *l. 3. §. 12. ff. eod.*, unde orta divisio possessionis in eam, quæ jure, & eam quæ corpore consistit, *l. nemo, C. eod.*. Sequitur, *rei corporalis*, quia res incorporales natura sua possessionem non recipiunt, *l. 32. §. 1. ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. 27. ff. de usuc. l. 43. ff. de acq. rer. dom.*. Nulla enim res detineri potest, nisi corpus, & possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quasi possessio, *l. 23. §. 2. ex quib. caus. maj. l. 10. ff. si serv. vind. l. 3. §. pen. ff. unde vi*, & interdicta constituta de servitutibus, quæ sunt res incorporales, quasi possessoria, *l. ult. ff. de servit. d. l. 3. §. pen. unde vi*; quæ causa est, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt κατοχήν sed χρῆσιν. Et recte igitur Theophil. *Inst. de interd. νομή*, inquit, *ἐστὶ σωματικῆς πράγματος κατοχή*. At male illi, qui ita distinguunt, ut dicant res corporales perfecte & nobiliori modo possideri, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim est illas vere & proprie possideri, has non item. Vox *quasi* nota est improprietas.

Non adjeci in definitione *rei corporalis ab aliis possessio-ribus vacuæ*: hoc enim qui addunt, putant rem eandem a pluribus in solidum possideri non posse: quod an verum sit, merito dubites propter *l. 3. pr. ff. uti possid. l. 6. §. 1. ff. de acq. poss. l. 15. §. 3. ff. qui satisd. cog. cum simil.*. Utique diversi generis possessio penes duos esse potest, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem, *l. 16. ff. de usuc. l. 36. & l. seq. ff. de acq. poss.*

poss. l. 37. ff. de pign. act.: sed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Postremo non dixi in definitione, *animo aut opinione Domini*, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam fere speciem possessionis duntaxat pertineret, quæ civilis est, & ad usucapionem prodest. Nos vero omnes possessionis species definitione nostra complecti volumus: aperte autem duæ species possessionis constituuntur, quarum altera sit cum animo & opinione Domini, altera non item, *l. 7. §. 4. ff. comm. divid. l. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 22. §. 1. ff. de nox. act.*. Is cui ea mente possessio tradita est, ut eam postea restituat, possidet, quamvis affectu Domini rem non tenet, *l. 17. §. 1. in fin. ff. de acq. rer. dom.*. Si omittendæ possessionis causa res apud sequestrem deposita sit, sequester possidet, *l. 39. ff. de acq. poss.*, qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Theophilus §. 4. *Inst. per quas pers. cuique acq.* ita definit possessionem *νομήσει τὸ ψυχῆ δεσπότητος νέμεισθαι*, non est credendum eum in genere possessionem definire voluisse, sed eam duntaxat speciem, quæ civilis dicitur, accommodata scilicet definitione ad verba textus Justiniani. Nam cum dixisset Imp. bonæ fidei possessorem usucapto servo per eum ex omnibus causis acquirere, mox subjicit, fructuarium usucapere non posse, addita etiam hac ratione, quia non possidet: quem tamen constat naturaliter possidere, *l. 12. ff. de acq. poss.*. Videamus nunc quotuplex sit possessio.

Prima & principalis divisio possessionis hæc sit, quod alia civilis est, alia naturalis. Civiliter possidet, qui animo & cogitatione Domini possidet iusta ex causa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter possidere, quia hæc possessio ei prodest, ad civilem usucapionis effectum: atque ad hanc speciem tantum pertinet definitio illa Theophili supra relata. Hæc possessio sæpe absolute & *κατ' ἐξοχὴν* possessio dicitur, ut ceteri, quibus possessio ad usucapionem non prodest, hoc respectu interdum dicantur non possidere, §. 4. *vers. fructuar. Inst. per quas pers. cuique acq.*, sed potius esse in possessione, §. 5. *Inst. de interd. l. 6. §. 2. ff. de precar. l. 9. ff. de rei vind. l. 8. ff. commod.*. Naturaliter possidet, qui injuste, aut absque animo & affectu Domini possidet. Divisio hæc petita est

est ex *l. 1. §. 9. & seq. ff. de vi & vi arm. l. 23. §. 2. & l. seq. de acq. poss. l. 2. §. 1. ff. pro hered. l. 3. §. ult. l. 7. §. 1. ff. ad exhib. l. 13. §. 1. ff. de publ. in rem act. l. 7. §. 11. ff. comm. divid.*

Civilis possessio semper justa esse debet: naturalis modo injusta est, *l. 26. pr. ff. de donat. int. vir. & ux. l. 16. ff. de acq. poss. l. 1. §. 9. & 10. ff. unde vi, l. 7. §. 4. ff. comm. div.*; modo justa, *l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 12. ff. de acq. poss. l. 22. §. 1. ff. de nox. act. d. l. 7. §. 4. comm. div.*, & qui ita possident, interdum & bona fide possidere dicuntur, *l. 22. §. 2. ff. de pign. act.*; sed tunc bonæ fidei possessor non intelligitur is, qui civiliter possidet, sed qui juste, licet non ex causa, ex qua dominium transire solet, ut in *d. l. 13. §. 1. de publ. in rem act. & d. l. 22. §. 1. ff. de nox. act.*. At in materia usucapionis alio significato dicitur bonæ fidei possessor, nempe is qui civiliter possidet ad civilem usucapionis effectum. Sed & qui injuste, hoc est, sine titulo possidet, si illæsam habeat re alienæ, quam possidet, conscientiam, forte quod in jure errans se Dominum factum putet, bona fide possidere dicendus est, quamvis usucapio ei non procedat, *l. 24. l. 32. §. 1. ff. de usuc.*; nam quæ possessio propter defectum tituli injusta est, propter voluntatem Domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda est, *arg. l. fructus 45. ff. de usur.*. Interpretes vulgo civilem possessionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æstimare solent, sed minus recte: quanquam non tam crasse disputant, ut civilem existiment per discessum demum existere; sed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri; naturalem autem solam amitti, vel potius modum possidendi mutari; quippe corpore tenere aut animo, non tam esse species possessionis, quam modos possidendi, *l. 3. §. 13. ff. de acq. poss.*, ubi hætenus res possideri dicitur, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus. Hinc vero apparet divisionem possessionis injustam & injustam non esse divisionem primam, sed subdivisionem. Item non omnem possessionem injustam esse malæ fidei. Denique nec omnem naturalem esse injustam, neque omnem, quæ justa est, esse civilem.

Porro eorum, qui naturaliter possident, est & hæc sub-

distinctio, quod aut sibi suoque nomine possident, veluti quod

prædo, aut quod conjux a conjuge sibi donatum possidet, aut quod fructuarius, licet hic absit animus dominantis, *l. 21. ff. quemad. serv. am.* Et hujusmodi possessoribus etiam remedia possessoria dantur, *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 3. §. 13. eod.*; aut nomine alieno, quomodo possident quicumque nostro nomine in possessione sunt, *l. 9. l. 18. ff. de acq. poss. §. possidere, Inst. de interd. l. 2. §. 1. de act. emt. l. 7. §. 8. & §. 11. ff. comm. divid.*

Rursus alia est possessio, quæ jure, alia, quæ corpore constat, *l. nemo 10. C. de acq. hered.*, quæ divisio locum habet tam in civili, quam in naturali possessione. Civilis possessio corpore consistit, cum ipse per se possidet, qui est in conditione usucapiendi. Jure eadem constat, cum per alium possidet, ut in *l. 1. §. 8. l. 3. §. ceterum 12. l. 18. l. 36. ff. eod. l. 16. ff. de usuc.* Naturalis possessio corpore constat, cum is, qui naturaliter possidet, per se possidet, non per alium; eadem jure consistit, veluti si rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, possessio creditoris, quæ naturalis est, jure constat, *l. 29. l. 36. §. ult. & l. seq. ff. de pign. act. l. res pignoris 37. ff. de acq. poss.*

In possessione, quæ jure constat, admittitur fictio, eaque jure civili, unde ortum habet, infirmatur, *l. 23. §. 3. ff. ex quib. caus. maj. l. 12. §. 3. ff. de capt. & postl. rev.* Hinc est, quod hæc possessio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, sed & juris esse, *l. possessio 49. pr. & §. 1. ff. de acq. poss.* At possessio, quæ corpore constat, facti magis est, quam juris, *l. 1. §. 3. & seq. ff. eod.*, idest, plurimum, ut alibi dicitur, facti habet, *l. 19. ff. ex quib. ca. maj.*; & ideo fictionis non est capax, nec infirmatur jure civili, *d. l. 19. l. 23. §. 1. ff. ex quib. caus. maj. l. 23. §. 1. ff. de acq. poss. l. 12. §. 2. ff. de capt. & postl. rev.*, ubi Marcelli sententia non distinguens rejicitur approbata Juliani. Illud notandum est, possessionem, quæ corpore constat, aliquando appellari naturalem; quo significatu naturalis possessio nihil aliud est, nisi possessio actualis, quam quis corpore suo habet, & naturaliter possidere, est non solo animo, sed & corpore possidere, ut in *l. ea quæ 53. ff. de acq. rer. dom. l. 1. pr. & §. 1. l. 3. §. 3. & 13. l. 23. pr. & §. 1. ff. de acq. poss.*,
five

sive corpore & animo possessioni incumbere, ut loquitur *Marcellus* in *l. 19. §. 1. ff. eod.* . Certe quod in *d. l. 23. pr.* dicitur naturaliter apprehendi, id in *d. l. §. 1.* dicitur corporaliter amitti, ita ut hæc subinde promiscue sumantur; naturaliter possidere & corporaliter. Et hoc sensu si accipias naturalem possessionem, potest utique talis possessio simul etiam civilis esse, ut ex locis allegatis apparet: & tunc possessio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam esse possessionem civilem, aliam naturalem (quæ divisio & oppositio est in *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 24. ff. de acq. poss. l. 26. ff. de donat. int. vir. & ux. cum similibus*) tunc possessio naturalis longe aliud est, nempe ea possessio, quam quis habet sine titulo aut opinione Domini; & propterea ex adverso opponitur civili possessioni, ut hæc duæ species simul eodem tempore concurrere & eadem esse non possint: quamvis possint, ut duæ diversæ possessiones in eadem esse persona, ut unus & idem possideat civiliter & naturaliter, ut in specie *l. 36. ff. de acq. poss.*, ubi idem & civiliter possidet, & precario, id est, naturaliter, *ad. l. 29. l. 35. §. 1. l. 37. ff. de pign. act. junct. l. 16. ff. de usuc.* . Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis possessionis significatio omnes, quotquot vidi, Interpretes coniecit in varios errores & perplexas disputationes. Vaqueius ex hujus rei ignorantia putavit, jure primævo dominium rerum acquisitum fuisse possessione naturali, quæ civili opponitur, *lib. 2. contr. cap. 57. nu. 21. & seqq.*

Non obstat his divisionibus, quod tituli *ff. & C.* concepti sunt de acquirenda possessione, quasi hinc efficiatur unam esse duntaxat & simplicem possessionem. Nam etsi genus plures habet sub se species, recte tamen numero unitatis proponitur. Sic cum in *l. 2. §. 21. in fin. ff. eod.* unum dicitur esse genus possessionis, non ideo negari potest esse sub hoc genere diversas species. Et possessio ibi confertur cum titulis & causis possidendi, quæ cum valde multæ sint & variæ, earum respectu unum esse genus possidendi dicitur, species, quo nomine *J. C.* illic intelligit causas & titulos, infinitæ. Sed & alias non semper genus & species significatione dialectica a nostris usurpantur, *l. 4. §. 1. ff. de vulg. & pup.*

Subst. l. Thais 41. §. 8. ff. de fideic. libert.

Alio & plane diverso respectu ac sensu dicitur aliquis pleno jure possidere, nempe qui plenum jus domini habet, *l. 1. C. de rev. don. Bald. in l. fœmina 3. §. illud etiam C. de sec. nupt. Mindan. de nat. poss. cap. 7. n. 9.* Itaque ceteri, qui domini non sunt, etsi civiliter & bona fide justoque titulo possident, non tamen dici possunt pleno jure possidere. Sed ea species possessionis, quam dominus pleno jure habet, & quam causalem appellare possumus, huc non pertinet, non magis, quam usufructus causalis aut causales servitutes ad argumenta de usufructu aut de servitutibus prædiorum.

C A P. XXXVII.

An in eo quod interest æstimando etiam lucri ratio habeatur?

V Erbum hoc interesse in jure nostro dupliciter usurpari solet, uno modo generaliter pro eo quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l. 1. ff. sol. matr. l. servo 65. §. 2. ff. ad S. C. Trebell. l. 18. ff. de reb. auct. jud. l. 1. §. 1. ff. de incend. ruin. naufr. :* vel privatam alicujus pertinet, ut in *l. pen. ff. ad exhib. l. 7. ff. de serv. export. l. 71. ff. de evict. l. 21. §. ult. ff. de pact. cum similibus.* Altero modo specialiter pro eo, quod extrinsecus rei succedit vel accedit, ob damnum acceptum, aut lucrum amissum, de quo solo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei seu debiti principalis: nec tantum rem ipsam principalem, sed etiam æstimationem ejus excludit, *l. 1. §. 20. ff. de tut. & rat. distrab.* Unde recte infert *Molinaus tract. de eo quod interest*, remittentem damna & interesse, non censeari remittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod interest, genera constituuntur: conventum, quod sit pœna nomine ejus, quod interest, promissa; singulare, quod ex privata affectione æstimetur; & commune, quod æstimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hisce generibus duo priora hinc removenda, conventum scilicet, quia pœnæ quantitas certa est, & peti potest etiam tunc quando nihil interest,

l. 38. §. 17. ff. de verb. oblig. ; & singulare, quoniam res non ex affectione singulorum privata æstimantur, sed ex eo, quanti communiter omnibus valent, l. 63. ff. ad leg. Falcid. l. 33. ff. ad leg. Aquil. . Bene vero sic id, quod interest, vulgo definitur, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, seu damnum emergens & lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod fieri debuit, l. 13. ff. rat. rem hab. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof. . Ergo ut quid nostra intersit, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset, quod promissum est: quod quia factum non est, lucrati non sumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum esset, quænam in ejus, quod interest, taxatione partes essent judicis, & ad quam usque quantitatem id æstimari deberet, visum fuit Justiniano hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare, sicut ipse loquitur in d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof. . Ait quoad possibile est, absolute enim id defini nequit, quoniam tota hæc quæstio in facto, non in jure consistit, l. 24. ff. de reg. jur. ; ac proinde magis ad judicis potestatem, quam ad juris definitionem pertinet, l. 15. in fin. pr. ff. ad municipal. l. 1. §. 4. in fin. ff. ad S. C. Turpil. . Distinxit ergo Justinianus casus certos a casibus incertis: in illis vetuit id quod interest, dupli quantitatem excedere; in his jussit totum præstari, quod interest. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam summam aliamve quantitatem in pondere, numero, mensura; vel speciem certumve corpus. Proinde si v. c. venditor aut locator ob id, quod rem aut usum rei non præstant, in id, quod adversarii interest, condemnandi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi casus habent. Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus quod interest; apparet eos solos casus esse incertos, in quibus ejus quod interest præstatio petitione continetur. Itaque hæc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur, quales sunt stipulationes faciendi,

obligationes mandati, tutelæ, negotiorum gestorum; maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato; in interdicto unde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo erant; in furto, surrepta ea re, quæ certo die sub pœna debebatur; in summa actiones omnes, quibus indemnitas principaliter petitur, l. 13. §. 1. ff. de re jud. l. 68. l. 72. l. 75. §. 7. ff. de verb. obl. l. 8. §. 6. ff. mand. l. 1. ff. de tut. & rat. distr. l. 2. ff. de neg. gest. l. 21. ff. ad l. Aquil. l. 1. §. non solum 41. ff. de vi & de vi arm. l. 67. §. 1. ff. de furt. In his igitur omnibus tantum, quantum revera interest, ex constitutione Justiniani præstandum. Et quidem juxta veterum sententiam, quam & Justinianus comprobat, in eo quod interest æstimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur, l. 2. in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. 33. vers. nam & si ff. locat. l. 13. ff. rat. rem hab. ; exempla in l. 22. & l. seq. ff. ad leg. Aquil. l. 21. §. 3. & 4. ff. de act. rer. amot. l. 18. ff. rat. rem hab. Unde igitur nata dubitatio, an in æstimando eo, quod interest, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contraria in speciem respondisse videntur: nam quidam sunt loci, in quibus lucrum ab eo quod interest diserte removetur, ut in l. 21. §. 3. ff. de act. emt. l. ult. ff. de per. & comm. rei vend. l. 26. ff. de damn. infect. l. 1. §. sicut autem, ff. de acq. plur. arc. l. 71. §. 1. ff. de furt. . Quid igitur ad hosce locos respondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo quod interest, sed lucrum, quod aut circa rem non consistit (extrinsecum vulgo vocant) quale damnum similiter removetur; aut injustum, quod merito veteres exceperunt. Id vero ita esse quis intelligere poterit, qui modo causas, quæ in hujusmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesein accommodatur, animadvertet. *Paulus in d. l. 21. §. 3. de act. emt.* excludit lucrum, sed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non solum lucrum removet, quod circa rem non consistit, sed etiam hujusmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æstimandum, quam si emtor triticum emerit, & ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. . Removet ergo id lucrum quantumtaxat, quod non circa rem consistit.

alibi legitur
l. 22.

fistit. Idem responsum esto ad *d.l. ult. ff. de per. & comm. rei vend.*, cui adde *l. 21. vers. pretium enim, ff. de her. vend.*. In *d. l. 26. ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum simpliciter excipitur: sed agitur illic de lucro injusto, de eo lucro, quod ab ipso vicino & ejus beneficio habebatur, quo non diutius uti licet, quam quoad is patitur; nec lucrum absolute, sed veluti lucrum appellatur. Simile est quod in *d. l. 1. §. 21. ff. de acq. pluv. arcend.* Ofilius & Labeo ajunt, actionem aquæ pluviae arcendæ locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non profit, veluti si vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic profit. Permittitur enim cuilibet sibi consulere, etiamsi per id ex consequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur, *l. 9. ff. de serv. præd. urb. l. 8. §. 5. ff. si serv. vind. l. 21. ff. de aq. pluv. arc.*. In *l. si is cui 71. §. 1. ff. de furt.* non definitur *in interesse*, sed *cujus interfit* in actione furti: ubi recte dicitur, ejus interesse videri, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus; quia in eo genere lucrum non potest nisi injustum esse. Nam sive res nostra surrepta est, & est aperte damnum; sive aliena, cujus custodiam debemus, & idem est, si ea non recepta damnum luere Domino cogimur. Quod si quis hoc tantum sua interesse dicat, ut lucrum possessionis faciat, eamve possidendo quærat, id ex re aliena non honeste captatur: *add. Cont. tract. de eo quod int. cap. 3. & 4. Alciat. in comm. ad d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. cap. ult. Donell. cap. 10.*

C A P. XXXVIII.

Num in taxatione ejus, quod interest, id omne, quod actor consequi potuit, neque consecutus est, sine exceptione æstimetur?

Justinianus sic ex veterum sententia constituit. Damnum, quod revera inducitur, lucrum, quod revera abest, præstetur, *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.*. Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id quod ex veteribus Paulus scripsit, omnem utilitatem in

æstimationem venire, quæ circa rem consistit, non venire, quæ extra rem sit, *l. si sterilis 21. §. 3. ff. de act. emt.*. Id vero hanc habet sententiam, ut non continuo id quod haberi potuit, præstato eo, quod debebatur, quasi absit, æstimari debeat: sed quod ideo abest, quia datum factumve non est, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certo potuerit; ut potuerit ex eo solo, quod præstandum erat, non aliunde: ac proinde duas utilitates hinc removemus. I. Si quid habere ex re petitor potuit, sed ita ut etiam potuerit non habere. II. Si quid habere potuit certo quidem, sed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, culpa alicujus fracta sunt: placet duntaxat retium æstimationem fieri, non piscium: quia incertum fuit, an caperentur, *l. 29. §. 3. ff. ad l. Aquil.*; atque hoc ad res omnes ejusdem generis transferre licet, puta ad venationem & aucupium. Plane si in contractu actum sit, ut incertus v. c. captus piscium æstimaretur, is æstimandus est propter conventionem, *l. 12. ff. de act. emt.*, nempe jactu retis vendito non tam ipse jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æstimatio autem redigetur ad id quod consuetum est capi, per *l. 1. ff. de usur. Molin. tract. de eo quod int. n. 81. & seqq.* Vinum aut frumentum venditum est, nec traditum, non est æstimandum quod his rebus traditis emtor forte negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negotiationem percipitur, nempe ex opera atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit, *l. 21. §. 3. ff. de act. emt. l. ult. ff. de peric. & comm. rei vend. l. 21. vers. pretium enim, ff. de her. vel act. vend.* Neque tamen idem putamus esse ex corpore rei nasci & circa rem consistere: sed circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibi que adjunctam habet, licet extrinsecus veniat, meritoque *Molinæus d. tract. n. 13.* Doctorum distinctionem in interesse intrinsecum & extrinsecum improbat: quia quæcunque utilitas proprie circa rem consistere dicitur, ea extrinsecus venit. Ex re non nascuntur mercedes ex operis servi, pensiones ex rebus locatis,

pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem consistere convenit. Servus, qui heres institutus venditus & traditus erat, evictus est: placet etiam ob hereditatem amissam ex emto agi posse, *l. 8. ff. de evict.*; quia hereditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in universum non quid paretur & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa, hic spectandum est. Exempla de damno circa rem in *l. 22. & l. seq. §. 3. ff. ad l. Aquil. l. 28. ff. de dam. infect.*. Circa rem autem non consistit, quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti si vino aut frumento vendito & tradito, emtor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æstimatur, *l. 21. §. 3. ff. de act. emt. l. ult. ff. de per. & comm. rei vend.*. Ejusdem generis sunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora distrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi possunt.

Sed occurritur nobis ex *Ulpiano*, qui contra quam *Paulus* in *d. l. 21. §. 3. ff. de act. emt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse tradit, non in damno solum, sed etiam in lucro, prolatis iisdem exemplis, quibus & *Paulus* utitur. Locus *Ulpiani* est in *l. 2. §. ult. ff. de eo quod cert. loc.*, qui locus usque adeo turbavit *Alciatum*, ut contra omnes fere (quanquam temere & perperam) statuerit, habendam esse rationem omnis utilitatis, quam actor consequi potuit, etiam si ea circa rem non consistat, præterquam in venditione; idque sine distinctione rerum aut adjectionis loci, aliusve circumstantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum si dicamus, nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest, æstimandam esse, nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitam esse rationem: quod si contingat, conventionem servandam esse. De solo autem tali casu loquitur *Ulpianus* in *d. l. 2. §. ult. ff. quod cert. loc.*. Agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promissa est, pecuniam debuit sub pœna

vel pignoribus, & ob id quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commissa sit, aut pignora distracta. At quamobrem? nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur: nam cum locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, solutionem retulisse, *Cont. in schol. ad d.l.un. cap. 4. in fin. Perez. ad Cod. d. tit. nu. 18.* Neque id in pecunia numerata solum locum habet, sed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili, ut bene *Molin. n. 97. & seq. Donell. c. 11.* contra Bartolum & plerisque alios Interpretes. Nec vero sola loci adjectio hoc efficit, verum etiam solutionis in certam personam aut tempus collatio, si creditori expediat personæ adjectæ eove tempore solvi, propter ejusdem generis utilitates, ut diserte *Papinianus in l. 118. §. ult. ff. de verb. oblig., & Ulpianus in l. 114. ff. eod. l. 4. pr. ff. quod cert. loc.* Enimvero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æstimabitur, sed ea tantum, ad quam adjectione harum circumstantiarum credibile est respexisse actorem, ut liquido apparet ex verbis *Ulpiani in d. l. 2. §. ult. Quid si merces solebai comparare.* Igitur adjectione loci id tantum agi intelligitur, ut eam utilitatem consequatur actor, quam eodem in loco consequi potuisset, si pecunia ibi soluta fuisset. Quod si eo loco nihil interfuit, quamvis si alibi soluta esset pecunia, actor consecutus esset, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus sum mihi aut Titio dari, non omne æstimabitur, quod interfuit mea, sed quod interfuit Titio solvi: puta ne si Titio solutum non esset, pœna, quam promiseram, committeretur, *d. l. 18. §. ult. de verb. oblig.* At sicubi alias expedierit mihi pecuniam solvi, id in æstimationem non venit; quia hoc actum non est. Temporis adjecti eadem ratio, si temporis utilitas intervenerit, *d. l. 114. de verb. oblig. d. l. 4. pr. quod cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his causis recepto, consequens fuit, ut non solum damni, sed etiam lucri ratio haberetur. Finge stipulatorem pecunia suo loco accepta merces comparare potuisse, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æstimabitur, *d. l. 2. in fin. ff. quod cert. loc.*: parem enim esse damni facti & lucri amissi rationem, su-

pra effectum est. Illud interest, quod in damno, persona non distinguitur: nam stulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amissum est, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem personæ conditio & consuetudo spectanda est, ut videri possit ad eam spem & cogitationem voluisse loci adjectionem referre. Finge mercatorem esse qui merces eo loco comparare & negotiari solitus sit, *d.l.2. §.ult. in fin.*: recte nempe hic si lucrum factum non est, quæretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum est. Pluribus hæc exequitur *Donellus in d.l.2. §.ult. & d.cap.11. circa fin. add. Mant. lib.10. de tac. & ambig. conv. tit.7. num.7. & ibi alleg.*

C A P. XXXIX.

An interdictum seu iudicium possessorium recte cumuletur cum petitorio sive rei vindicatione?

Concurrere plures actiones dupliciter dici possunt, elective sive disjunctim, ut una tantum ex pluribus, quæ competunt, experiri liceat, qua in iudicium deducta, ceteræ consumantur, *§.5. Inst. quod cum eo qui in al. pot. l.38. §.1. ff. pro soc. l.9. §.1. ff. de trib. act. l.28. §.4. ff. de jurejur. l.34. §.1. ff. de obl. & act.*: & cumulative sive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram consumat, qui verus est concursus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquando hæc cumulandi ratio est, ut utraque simul & eodem tempore uti liceat, quod fit quando diversarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diversæ sententiæ ferendæ, *l.11. ff. de jurisd. l.35. §.1. ff. locat. l.9. §.1. ff. de trib. act.*; atque eo plerique referunt, *l.32. ff. de oblig. & act. l.2. §.1. & 2. ff. de priv. del. l.130. ff. de reg. jur.*. Interdum hæc, ut non simul omnes, sed singulæ seorsim & in diversis iudiciis exerceri debeant: quod fit, quando plures conjunctim competunt ejusdem rei nomine, *l.43. §.1. ff. de reg. jur. d.l.9. §.1. ff. de trib. act. l.76. §.8. ff. de leg. 2. l.53. ff. de obl. & act.*: quam tamen distinctionem nunc ad amissum non examino, Sed & aliquando una e concurrentibus

currentibus pendente altera interim inhibetur, idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret; quomodo concurrunt condictio furtiva & actio furti, *l. 7. §. 1. ff. de cond. furt.*: at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & servitutis, sed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat, *l. 16. ff. de except.*; vel propter ordinationem judicii ipsamque procedendi rationem, quomodo dici potest concurrere interdictum sive judicium possessorium cum rei vindicatione seu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad constitutionem judicii petitorii prius possessorium terminatum esse oportet, *§. retinendæ, Inst. de interd.*. Quæstio autem proposita in eo vertitur, an judicium possessorium cum petitorio sic cumulari & jungi possit, ut utroque simul & eodem tempore experiri liceat, hoc est, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque simul dictetur, de utroque simul cognoscatur, unaque sententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæstio in interdictis adipiscendæ & recuperandæ possessionis; a multis tamen & in interdictis retinendæ, vide *cap. Pastoralis, & ibi late Gloss. ext. de caus. possess. & prop.*. Nos in hac quæstione probamus sententiam Joannis & Azonis negantium, hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari posse, sed prius de possessione, deinde de proprietate distinctis judiciis esse cognoscendum, contra doctrinam Petri, qui omne possessorium cum petitorio cumulari posse contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ possessionis. Etenim ut possessio nihil commune habet cum proprietate, *l. 12. §. 1. ff. de acq. poss.*, & ut sunt plane hæc res dissimiles, *l. 14. §. ult. ff. de exc. rei jud.*, cum possessio sit facti, dominium juris, *l. 1. §. 3. l. 23. ff. eod. l. 19. ff. ex quib. caus. major.*; ita etiam duas actiones non modo distinctas, sed etiam infociabiles pariunt, dominium rei vindicationem, *l. 23. ff. de rei vind. §. 1. Inst. de action.*; possessio actionem in personam seu interdictum, *l. 1. §. pen. ff. de interd.*; ac proinde etiam duobus distinctis judiciis hæc tractanda sunt: cum actiones contrariæ & incompatibiles cumulari nunquam possint, *l. 1. C. de furt. cum ibi not. l. 16. C. de inoff.*

inoff. test. Ant. Fab. C. suo for. tit. unde vi def. 8. Placet autem possessionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de causa proprietatis ab eodem iudice cognosci, *l. 13. C. de rei vind. l. 3. C. de inter. l. 35. ff. de acq. poss. l. ult. C. quor. bonor.* Ex quo intelligimus, nisi prius iudex de possessione iudicaverit, jure ab ejus sententia appellari posse, quod & diserte traditum est in *l. 1. C. de appell.* Quod si utramque controversiam & possessionis & simul proprietatis eodem iudicio cognosci & terminari volumus, res erit inexplicabilis, & exitum reperire iudicium non poterit, *d. l. 35. ff. de acq. poss. l. 62. ff. de judic. l. 7. §. ult. ff. de lib. caus.*: quippe cum ut petitoria actio instituatur, prius constare debeat, quis sit possessor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente, qui hic reus est, petat, *§. retinendæ 4. Inst. de interd. d. l. 62. ff. de judic.* At si iudex de utroque simul cognoscat, sententiam ferre non poterit, quæ iudicii exitus est. Nam in petitorio juberetur possessorem absolvere, si petitor non probaverit se dominum esse, *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodo possessorē, quem ignorat, absolvet? Ignorat autem quamdiu pendet causa possessionis. Quod si prius de possessione iudicari oportet, perspicuum est simul possessorio & petitorio iudicio agi non posse. Atque hoc etiam Martinus admittit, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, si de possessione agatur interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, veluti si quis de fundi possessione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem se fundi dominum dicat: aut heres interdicto quorum bonorum de adipiscenda possessione rerum hereditariarum, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt, utrumque iudicium posse concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiscendam possessionem, & simul iudicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc, quam actio petitoria adversus possessorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum est: generalis enim hæc sententia est tradita in *d. l. 13. C. de rei vind.*, possessionis quæstionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiscendæ

dæ possessionis etiam de possessione quæritur; ac proinde etiam controversiam ex his natam prius decidi oportet. De specie interdicti unde vi id expresse quoque cautum est *l. 1. C. de appel. l. 37. ff. de jud.*. Et ratio juris eadem hic est, quæ in casu superiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis agitur, constat, uter e litigatoribus pro possessore haberi, & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto iudicatum sit: hoc autem non constituto, non potest petitoria actio institui, *l. 62. ff. de judic. §. retinendæ, Instit. de interd.*. Nec ad rem pertinet, quod qui possessionem sibi restitui petit, vel nunc primum conatur adipisci, adversarium possessorem agnoscit: nam si rem ipsam & effectum juris spectamus, nemo videtur possidere, qui possessionem retinere non potest, *l. 22. ff. de acq. poss.*. Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciscendam possessionem actionem habet, perinde habetur, quasi possideret, *l. 17. pr. ff. eod. l. 15. ff. de reg. jur. l. 143. ff. de verb. sign.*. Proinde si is revera possidet, bene est, si non possidet, tamen possessio una cum possessionis commodo ei tribuenda est sententia iudicis: quod si iudex ante omnia non fecerit, iuste ab eo provocabitur, *l. 1. C. de appell.*. Sed etsi juris auctoritate destitueremur, non aliter tamen respondere possemus propter horum iudiciorum contrariam conditionem & finem. Iudicii possessorii finis hic est, ut qui eo experitur, possessor iudicatus commodo possessionis fruatur: petitorii hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in se suscipiat: quæ cum sint pugnancia, nisi prius de possessione iudicatum sit, res exitum habere non potest, *d. l. 62. ff. de judic. §. retinendæ, Instit. de interd.*. Fingamus actorem in possessorio superiorem esse, inutilis tamen hæc ei victoria est, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perseverans partes petitoris sustinere debeat, quasi commodo possessionis repudiato. Si vincitur, aperte id ei inutile est. Quod si prius in petitorio pronuntietur pro actore, multo minus ulla possessorii utilitas esse potest, cum ex sententia super petitorio lata plenissima restitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid consequi
pos-

possumus. Adde quod sic injuria fit possidenti, cui ob eam causam & appellare licitum, *l. 1. C. de appell.*. Adde quod si eodem tempore & de possessione & simul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is possessor pronuntietur, illic pro reo, ut is declaretur Dominus, exhibit forma sententiæ, quæ proponitur in *cap. cum dilectus extr. de caus. poss. & propr.*; merito irrisa a Donello in *l. 3. n. 8. C. de interd.*. Nam profecto ridiculum est, ut judex jubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est, & simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui Dominus est & superior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum esse negant, ne illi ipsi sunt valde ridiculi. Illud autem absurdum non est, ut lite possessionis prius decisa, atque uni possessione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantisper adjudicata, postea de proprietate idem judex cognoscens petitori, qui se dominum esse in hac lite probavit, possessionem restitui jubeat. Atque hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo esse convenientissimam, sed etiam esse necessariam: quippe qua non observata locus sit provocationi.

Non obstat huic sententiæ *l. 18. §. ult. ff. de vi & vi arm.*. Non enim negamus quod illic dicitur, eum, qui rem vindicare cœpit, posse pendente judicio petitorio, hoc est, interim dum de possessione cognoscitur, dilato, interdicto experiri: sed negamus utrumque posse simul jungi, de utroque simul & eodem tempore judicem posse cognoscere & judicare. Atqui, inquires, is qui semel actionem proposuit, cogitur perseverare ad finem usque litis, *auth. qui semel, C. quom. & quan. jud. sent.*. Respondeo, qui interdicto de possessione experitur, pendente rei vindicatione, & interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes sustinere petitoris, ac se commodo possessoris frui vult, id quod jure postulat, cum sit possessor, nec vindicando (forte per imprudentiam) renuntiasse possessioni videatur, *l. 12. §. 1. ff. de acq. poss.*. Mirum autem in modum huic sententiæ obstare creditur *text. in l. 6. ff. de exc. rei jud.*, eoque contrariæ sententiæ Auctores præcipue nitun-

tur, quasi illic J.C. aperte diceret, iudicium petitorium & possessorium diversis quidem & separatis actionibus proponi, sed tamen unam sententiam & unum iudicati finem sufficere, ut ad utrumque proficit una & eadem exceptio rei iudicatae. Mihi autem mira haec videtur loci istius interpretatio, cuius simplex & plana, si qua ullius, sententia est, nempe sufficere ad exceptionem rei iudicatae rem quamque semel sententia iudicis terminatam esse, nec debere eam sententiam apud eundem iudicem retractari. Et obstat magis hic locus contrariae sententiae: quod & *Ant. Matthaeus in disput. ad l. ordinarii, C. de rei vind.* observavit. Nihil etiam adversus sententiam nostram facit locus *Justiniani in Nov. 4. cap. 2. vers. contra principales*, ubi licentia datur creditoribus adversus principales debitores pignus pro debito obligatum possidentes utraque actione simul experiundi, & personali & hypothecaria; nam in cumulatione illa actionis personalis & hypothecariae, de qua illic Justinianus, nihil est praeposteri, ut contra esse ostendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione: ut ecce, si creditor eodem libello petat, ut aut centum, quae sibi ex contractu aliquo debentur, solvantur, aut pignus pro ea summa obligatum, cuius possessio penes debitorem sit, sibi restituatur, in hac cumulatione nihil est, quod ordinationem iudicii ejusve exitum impediatur; sed probato debito, & pignoris pro eo constitutione, iudex debitorem aut solvere jubebit, aut pignus restituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda est, ut aut solvat debitor, aut pignus restituat, non conjunctim, ut & solvat, & pignus restituat; cum solutione ejus, quod debetur, non tantum debitor ipse, sed etiam pignus liberetur, *l. 43. ff. de sol. cum similibus*. Alia urget *Cujac. lib. 25. obs. 34.*, ubi sic argumentatur: Si coepto & pendente iudicio in rem licet agere interdicto uti possidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed, inquam, non sequitur, mutari actio potest, aut interim dum de alia re disputatur, omitti; ergo cum altera simul jungi & dictari potest: quoniam mutatio nihil habet incommodi, *l. 3. C. de eden.*, conjunctio & cumulatio plurimum, ut supra probatum est. Inficiatio, inquit

Cujacius, & exceptio conjungi possunt hoc modo, *Nihil debeo, & ut debeam, pacto mihi debitum remisisti*: ergo ita potest utraque actio conjungi, possessoria & petitoria: *Tu non possides, sed ego; & ut tu possideas, rem meam esse ajo*. Sed mala & hæc *Cujacii* collectio est. Nam si reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & simul depulsione, nihil præpostere facit, aut quod judicii constitutionem exitumve moretur: sed probationis tum hic ordo est, ut prius de sua intentione doceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantisper dilatam admittatur reus, *l. 8. l. 9. C. de except.* Sed nec quod reo, cui non semper sui defendendi facultas, *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.*, permittitur, ut scilicet pluribus defensionibus aut exceptionibus simul & eodem tempore uti possit, *l. 5. l. 8. ff. de except. l. 43. de reg. jur.*; id continuo & actori concedendum, nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus simul experiat, ut jam evicimus. Destinanti rem petere suadet *Gajus*, ut videat num interdicto aliquo possessionem nanscisci queat, quo eam nactus in adversarium transferat onus petitoris, *l. 24. ff. de rei vind.*. Sed & qui jam cœpit rem vindicare, potest nihilominus experiri interdicto uti possidetis, *l. 12. §. 1. ff. de acq. poss.*. At ex hoc loco non recte infertur cumulatio seu conjunctio utriusque judicii. Nam his *J. C.* verbis: *Non denegatur interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare*, non hoc significatur, posse utrumque judicium cumulari, unaque terminari sententia, ut male putat *Fachin. 8. contr. 6.*: sed posse eum, qui vindicare cœpit, omisso tantisper petitorio, & interim dum de possessione cognoscitur, suspenso & dilato, interdicto experiri, *l. 18. §. ult. ff. de vi & vi arm. ibi, pendente judicio*. Ceterum e converso pendente judicio possessorio, petitoria actio institui non potest, quia prius possessionis causa decidi oportet, quam ad causam proprietatis veniatur. Plane si quis dum animadvertit in petitorio se melius fundatum esse, possessorio renuntiare & ad causam proprietatis transire velit, non est dubitandum, quin id ei concedendum sit: nec sententia lata in possessorio præjudicium ullum petitorio facit, *l. 14. §. ult. ff. de exc. rei jud.*. Jus autem Pontificium hæc

in re discrepat a jure civili, quod Innocentius III. male intellexit, deceptus *l. 18. §. 1. de vi & vi arm.*, ut apparet ex *cap. pastoralis extr. de caus. poss. & prop.*, ubi eodem judicio & interdicto recuperandæ seu adipiscendæ possessionis, & simul actione in rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco; aliis possessoriis judiciis, ut ipse loquitur, in suo robore duraturis, quæ vindicationem dominii sui natura præcedunt, qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *cap. Raynutius ext. de testam.* secutus est communem errorem de duarum quartarum detractione. Apud eundem *cap. cum dilectus de caus. poss. & propriet.* habes deridiculam illam sententiam, quam supra explosimus: adde *Donellum*, & *Gifanium ad l. 3. C. de interd. Papon. lib. 8. tit. 12. arrest. 4. Charond. 4. resp. 28.*

C A P. XL.

v. Cap. 6. lib. 1. Exceptio divisionis qualis sit & quando proponenda?

et ann. 26. Lex. judic. lib. 4. Cap. 7. **P**lures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ debitæ in solidum singulos teneri, siue id nominatim convenerit, siue non convenerit, explorati juris est, §. 4. *Inst. de fidejuss. l. 3. C. eod.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promitt. 99.*, unde *auth. hoc ita, C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, quomodo id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promississe videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens ne plures ejusdem pecuniæ promittendi rei aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum singuli promittant id quod reus debet, & quantum debet. Tenentur ergo singuli plurium fidejussorum in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Ceterum hoc beneficium epistola D. Hadriani illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro-

portionibus virilibus dividatur, *d. §. 4. Inst. de fidejuss. l. 27. ff. l. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, verum etiam ceteris accessionibus, puta pluribus quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult. C. de pecun. constit.* Locus autem est huic beneficio seu exceptioni dividendæ actionis, cum plures sunt fidejussores. Et explosus fuit Advocatus Leydenfis Tobias ex Alto (insignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum esse contendebat etiam ubi unus tantum fidejussor est, nempe ut actio inter reum principalem & fidejussorem divideretur: de quo integram ille consultationem conscripsit: sed egregie confutatur textu *l. 27. §. ult. ff. de fidejuss.* Quid si in pluribus fidejussoribus accipiendis expresse convenerit, ut singuli in solidum teneantur? Nihilominus hoc beneficium gaudebunt, cum etsi hoc adjectum non est, singuli in solidum teneantur, nec conventio ista conditionem juris & constitutionem mutat; postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l. 3. C. de fidejuss.*, & secundum hoc Lutetiæ judicatum refert *Pap. l. 10. tit. 4. arrest. 23.* Ceterum non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgetur, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita & ejusdem debitoris sint fidejussores: inter plures enim diversorum debitorum, licet ejusdem summæ fidejussores actio non dividitur, *l. 27. §. ult. l. 43. ff. eod.* Exemplo fidejussorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui simul tutelam gesserunt, aut quorum nemo gessit, & solvendo sunt, *l. 1. §. 10. & seqq. ff. de tut. & rat. distr. l. 38. & ibi DD. ff. de admin. tut. Paul. Mont. tract. de jur. tut. cap. 39. n. 149.* Datur & plurium tutorum fidejussoribus, *l. 6. l. 7. ff. de fidejuss. & nomin. tut.*; pluribus autem unius tutoris fidejussoribus non datur, *l. ult. ff. rem pup. salv. for.*, ubi & ratio. Enimvero in hac divisione notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed ope exceptionis, *l. 26. ff. de fidejuss.* 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 & si quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit *d.l.26. & l.49. §.1. ff.eod.*. Porro duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus indulgetur: una est, si fidejussores non negent se fidejussores esse, inficiantibus enim auxilium divisionis dari non placuit, *l.10. §.1. ff.eod.*. Altera est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *§.4. Inst. l.51. §.1. ff.eod.*. Quod placet in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, id ceteris, qui solvendo sunt, non prodesse: deinde si omnes tempore litis contestatæ solvendo fuerint, & postea aliqui minus idonei esse cæperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus eorum, qui solvendo sunt, non pertinere, *d. l.51. §.pen. d. §.4.*

De illo non convenit, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit, hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejussoribus contestata sit; quem & Cynus & alii secuti sunt. Moventur primum, eo quod in *§.4. Inst. de fidejuss.* dicitur, compelli creditorem partem a singulis fidejussoribus, qui modo solvendo sunt tempore litis contestatæ, petere: si quis autem eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerare: unde recte sibi visi sunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis divisionem. II. Per *l.16. C. de fidejuss.*, ubi diserte scriptum est, post litis contestationem petitionem divisam reintegrari, juris rationem non pati: ex quo iterum, ut supra, colligunt, post litem contestatam exceptioni divisionis locum non esse. III. Ex eo quod fidejussori inficianti beneficium divisionis denegatur, *l.10. §.1. ff.eod.*; litis autem contestatio non nisi negative a parte ejus, qui convenitur, fieri potest, *l.2. C. de jur. propt. cal. l.14. §.1. C. de jud.*. Sed verius est, quod & communiter placuit, etiam post litem contestatam divisionis exceptionem opponi posse, & sufficere, si quandoque ante sententiam allegetur, *l.10. §.1. C. eod.*, ubi *Alexan. Imp. Vitali*

ita rescribit: *Ut is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.* Frivolum autem est quod respondent, exceptionem, quæ ante litem contestatam opponitur, utique etiam opponi ante sententiam seu condemnationem; nam utique hoc falsum est, exceptionem, quam ante sententiam opponi sufficit, eam opponendam esse ante litis contestationem. Ait *Imperator, ex ordine postulari solet,* id est servato ordine earum defensionum, quæ fidejussoribus competere solent. Fieri enim potest, ut fidejussor in solidum conventus plures habeat defensiones, aut saltem plures alleget, v. c. si dicat se non teneri, quia reus principalis liberatus sit, vel ipso jure, vel per exceptionem; aut si ex sua persona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c.. His autem defensionibus cum se exclusum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac desiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero postulari potest & solet ante sententiam seu condemnationem, ut verba rescripti habent. Non obstat *d. §. 4. Inst. de fidejuss.*; neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam esse ante litem contestatam: sed hoc solummodo, si tempore litis cum uno contestatæ quidam non sint solvendo, hoc ad onus ceterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio post litem contestatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi potest, qui tempore litis contestatæ solvendo fuerunt, & dividenda est, si is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore solvendo fuisse, *l. 51. §. 1. ff. eod. Mantic. de tac. & ambig. conv. lib. 16. tit. 19. n. 2.* In *d. l. 16. C. eod.* proponitur casus, quo creditor cum omnibus fidejussoribus simul egit, cum singulis autem pro parte, atque ita actionem suam inter fidejussores pro parte cum singulis agendo ipse ultro divisit. Eum autem, qui hoc fecit, respondet Gordianus, non posse post litis contestationem actionem divisam instaurare, hoc est ab eo, qui pro parte conventus erat, solidum non posse petere ex persona eorum, qui solvendo non sunt, aut ab initio solvendo non fuerunt, quia creditor actionem inter fidejussores sponte sua dividendo solidi petitioni renunciare intelligitur, ac proinde

de beneficium epistolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem contestando deteriore conditionem suam facit, *l. 86. & seq. ff. de reg. jur.*. Neque enim litis contestatio hoc, quod dicimus, efficit, sed actionis divisio; quamvis illa non nisi lite cum singulis pro parte contestata dividatur. Nihil autem leve est, quod ex *l. 10. §. 1. ff. de fidejuss.* objicitur, fidejussori inficianti auxilium epistolæ non indulgeri: quippe cum non simplex inficiatio fidejussores ab hoc beneficio removeat, puta si negent se teneri; sed si negent se fidejussores esse, si inficientur se fidejussisse. Non utor ad confirmationem nostræ & communis sententiæ argumento vulgari, quod exceptio divisionis sit exceptio peremptoria: quod quidem etsi verum est, licet *Glos.* hæsitet, & magis putet esse anomalam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, *l. 51. §. pen. eod.*, dubito tamen an verum sit, quod vulgo traditur, exceptiones peremptorias etiam non contestatas in strictis judiciis usque ad sententiam recte opponi, propter *l. 9. C. de præscr. long. temp. l. 8. l. 9. C. de except. junct. l. ut fundus, ff. comm. divid.*; quamquam id hodie sublato fere judiciorum bonæ fidei & stricti juris discrimine admitti potest. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis contestandæ sint, ut ita demum postea ad probationem & disceptationem recte opponantur, quod satis aperte loca citata ostendunt, vid. *Donell. ad l. 8. C. de except.*: sciendum tamen est, quæ de exceptionibus in exordio litis contestandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *l. 19. ff. de probat.*: quæ enim facti quæstionem habent, non possunt intelligi in iudicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, hoc est, earum quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis fidejussoribus epistola *D. Hadriani* tributa: quod genus contestari necesse non est, sed quandoque ante condemnationem allegari sufficit. Nam auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in iudicium deducitur,

ducitur, cum fidejussori jure tribuatur hoc ipso, quod fidejussor est. Jam autem quæ juris sunt, ea ad officium judicis pertinent, etiam si nominatim a partibus petita non sint, *l. un. C. ut quæ def. adv. par. jud. suppl.*: & multo magis igitur, si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Quidam putaverunt, exceptionem divisionis etiam post sententiam opponi posse in executione judicari, & hic etiam hæsitat *Accursius*. Sed bene *DD. comm. in d. l. 10. C. de fidejuss.* *Gomez. 2. var. resol. c. 13. n. 15. Zanger. tract. de except. p. 3. c. 19. n. 4.* id negant. Cur enim diceret Imperator, ante condemnationem postulari solere, ut actio dividatur, si idem postulare liceat etiam post sententiam, cum jam is, cum quo actum est, in solidum est condemnatus? Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori semel in solidum quæsitæ adversus eum, qui se passus est in solidum condemnari, postea parte duntaxat oblata ei invito adimatur, *l. ult. ff. de pact. l. 57. in fin. ff. de evict.*. Quanquam hoc non obstante recte defenditur, posse hanc exceptionem opponi in secunda instantia, licet post priorem sententiam: quia appellatio suspendit, imo extinguit judicatum, & reponit rem in eum statum, in quo erat ante sententiam, *l. 1. §. ult. ff. ad S. C. Turpill. Sichard. in d. l. 10. n. 13. C. de fidejuss. Zanger. & Gomez. ubi supra.* Nihil adversus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus e fidejussoribus condemnatus est, opponi potest, *l. 41. §. 1. ff. de fidejuss.* Nam illa non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe interest, utrum fidejussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejussoribus, an actionem adversus eos sibi credi. Nam qui divisionem postulat, is contra sententiam postulat, ne solidum solvat: qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum secundum sententiam solvere, dum sibi adversus ceteros fidejussores consulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis *S. C. torum Vellejani & Macedoniani*, quæ publicæ utilitatis causa maxime introductæ sunt, placuit, ut hæc etiam post sententiam opponi possint, *l. 11. ff. de S. C. Maced.*, id nequaquam cum *Jacobo de Butrio* ad exceptionem divisionis trahi debet, *Sichard. in*

*d.l.10. C.de fidejuss. n.10. . Nihil denique contrarii habet responsum Papiniani in l.51. §.ult.ff.eod. . Loquitur enim de fidejussore damnato non nomine fidejussionis, sed damnato capitis, ita ut propter damnationem bona ejus fisco vindicarentur:quo casu potest quidem adhuc creditor adversus alios fidejussores jus suum exequi: sed hic fidejussores recte postulabunt, ut inter eos, qui solvendo sunt, actio dividatur: in quo numero etiam fiscum, qui damnato successit, & heredis loco est, habendum scribit *Papinianus*.*

C A P. XLI.

An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore elapso obligatus maneat, & quomodo?

E Legans quæstio est, an fidejussor, qui ad tempus pro aliquo spondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo. Putamus autem in hac quæstione recte sentire eos, qui negant post tempus definitum fidejussorem sine novo ejus consensu vel ex repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obstringi: in præteritum vero, seu respectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. *E.G. Matth. Colerus*, ut ipse de se testatur *de proc. ex. par. 1. c. 10. n. 310.*, pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejusserat. Expleto eo spatio, officium prorogatum, five ut nunc loquuntur, officiali continuatum est inconsulto Colero fidejussore. Hic dicimus Colerum ex fidejussione sua teneri quidem etiam post annum, quo officium prorogatum est, sed tantum de periculo temporis præteriti, seu prioris anni, quo solo fidejussor fuit, non autem temporis futuri seu annorum insequentium. Igitur hoc primum dico, fidejussorem, qui ad certum tempus se obligavit, finito eo tempore, in posterum non teneri, nec ex novo seu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus assertionis quæritur, certum est eum, qui ad tempus fidem suam interponit, nolle post id tempus obstringi: at extra verba & conventionem fidejussio non est extendenda, cum sit contractus stricti juris, *l. 99. ff. de verb. oblig. Hering. de fidejuss. c. 2. n. 50. & c. 24. n. 35.* Et in universum

sum obligatio limitata ad certum tempus non potest invito obligato in longius tempus prorogari, ut bene *Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debent. vers. solutionem facere recusaverunt, n. 2.* Hinc rescriptum est, fidejussorem, qui in certum tempus iudicio fisci aliquem promisit, in tantum tempus duntaxat teneri, in quantum se obligavit, *l. 27. vers. nisi in certum tempus, C. de fidejuss.* Et responsum, si in primo compromisso per fidejussores cautum fuerit, & iidem in sequenti fidejungere noluerint, alios in eo adhibendos, *l. 25. §. ult. ff. de rec. arb.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem *text.* est in *l. 7. C. de locat.*, ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem suam obligasset, & conductor finito tempore conductionis sine consensu fidejussoris in conductione detineretur, diserte respondet Alexander, fidejussorem non oportere de posterioris temporis periculo adstringi: nempe quoniam alia & nova hic conductionis finita prior intervenit, *l. 14. ff. locat.*; & consequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejussorem prioris obligationis sine novo ipsius quoque consensu pertinere non potest. Atqui, ajunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent, *l. 16. C. de locat.*, pignorum autem & fidejussorum par causa est, *l. 21. §. ult. ff. de pec. const. l. 1. §. 9. ff. de collat. l. 4. §. 8. ff. de fideic. lib.* Respondeo, renovata tacite conductionis cum vinculis pignorum renovata censetur, sed nempe ipsius conductoris, qui ultro se in nova obligatione constitui passus est, non autem si alius pro eo in prior conductione res obligavit, sine novo hujus consensu, *l. 13. §. ult. ff. locat.*; ac proinde nec prioris conductionis fidejussores, ea renovata sine novo & expresso eorum consensu, in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non esse modum tollendi obligationem, *l. 44. §. 1. ff. de obl. & act.*; nam cum fidejussoris obligatio certo tempore circumscribitur & limitatur, id non tam eo spectat, ut tempore obligatio finiatur, quam ut ne post illud tempus aut pro alterius temporis obligatione fidejussor teneatur: quemadmodum si cum ducenta deberentur, in centum fidejussor datus est, nemo dixerit fidejussionem respectu residui finitam esse; at sicut summa, ita & dies pars est

stipulationis, *l. 1. §. 2. ff. de eden. Ant. Fab. C. suo for. de fidejuss. def. 25. Valent. Reimer. qu. illustr. dec. 10. c. 4. Hering. d. tr. c. 20. §. 18. n. 4. & 5.* Et utique alias in omnem eventum tueri se poterit fidejussor exceptione pacti conventi vel doli mali, *d. l. 44. §. 1. ff. de obl. & act. l. 56. §. 4. ff. de verb. obl.* In tantum autem hæc vera esse arbitramur, ut etsi fidejussor cautionem sibi reddi post repetitum contractum non postulaverit, nihilomagus ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejussio nunquam fit tacite citra verba & stipulationem, *l. 5. §. 2. ff. de verb. obl. l. 12. C. de fidejuss.*; & tralatitium est in fidejussionibus stipulationem loco formæ esse, *Hering. d. tr. c. 11. n. 1. & seqq.*: quod ideo hic notare visum, ne quis putet fidejussori necessariam hic esse aut protestationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *d. l. 7. C. de locat.* mentio fit repetitæ a fidejussore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id necessarium, sed quia factum fuit: cujusmodi sexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur a Consultoribus, & in rescriptis iterantur, quæ tamen ad causæ decisionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure versatis notum est. Sic etiam Colerus loco supra citato cautionem suam fidejussoriam se repetiisse memorat, non quia id necessarium putavit, sed quia id fecerat, dubitationis omnis scilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione solutionis non liberetur fidejussor, qui ad certum tempus se obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim interest inter prorogationem solutionis, quæ fit salva obligatione principali, & prorogationem, quam vocant, obligationis, quæ est obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *qu. seq.* Ex converso autem dicimus, fidejussorem in proposito firmiter obligatum manere in præteritum, id est, nomine eius, quod ex causa prioris contractus, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licet prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tamdiu durat, donec creditori solutum aut aliter ei satisfactum sit. Neque enim tempore obligationes pereunt, *l. 44. §. 1. vers. placet etiam, ff. de obl. & act.*, nisi post 30. annorū curriculum, *l. 3. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* adde *l. 9. §. 3. ff. de pign. act. l. 13. §. 4. ff. de*

ff. de pignor., facit *l. 35.* & *l. seq. ff. pro soc. cum similibus*. Sed & firmum hujus assertionis argumentum duci potest ex *d. l. 7. C. de locat.*. Nam cum Imp. illic sic rescribat, non oportere fidejussorem ad certum tempus obligatum de posterioris temporis periculo adstringi, hoc ipso non obscure significat eum adstringi periculo temporis prioris: cui simile habemus in *l. ult. C. in quib. caus. tut. hab.*. Nimirum unius exclusio alterius solet esse inclusio, *l. 12. ff. de jud. l. 18. ff. de test.*. Et argumentum a contrario sensu valide procedit, *l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd.*, nisi aut manifesta juris ratio aut expressi textus refragentur, *Everb. in loc. 82. n. 4.*. Sic fidejussio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum attestatio fuerit expressa, *l. 27. vers. tunc enim, C. de fidejuss.*: venditor, qui se periculo subjecit designato tempore, in id tempus periculum sustinere, quoad se subjecit, *l. 1. ff. de per. & comm. rei vend.*. Denique æque iniquum foret v. c. fidejussorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de sexti anni pensione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem causa est novationis, seu prioris debiti in aliam obligationem conversionis, hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituitur obligatio, ut prior perimatur, *l. 1. ff. de novat. §. 3. Inst. quib. mod. toll. obl.*: quippe cujus rei hic effectus est, ut etiam accessiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quasi solutione facta, *l. 31. §. 1. vers. eo magis, ff. de novat.* simul evanescant, & consequenter ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejussores prioris obligationis liberentur, *l. 15. l. 18. l. 29. ff. de novat. l. 43. ff. de solut. l. 60. ff. de fidejuss. l. 4. C. eod.*. Consentunt *Hering. tr. de fidejuss. c. 40. §. 18. n. 4. & seqq. junct. §. 12. n. 5. 6. 7. Ant. Fab. C. for. de fidejuss. def. 25. Specul. lib. 4. par. 3. de fidejuss. §. 1.* quanquam obscure loquitur. *Valent. Reimer. dec. 10. qu. illustr. cap. 4.*

C A P. XLII.

An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?

Vicina superiori, ac tantum non ex iisdem fundamentis juris decidenda quæstio est, an prorogatione termini solutionis, id est, si creditor debitori ignorante fidejussore tempus ad solvendum præstitutum prorogaverit, fidejussor liberetur. *Specul. lib. 4. p. 3. tit. de fidejuss. §. 1. vers. illud autem queritur, & ibi Jo. And. in add. Ferrar. in form. libell. contr. plur. reos debend. §. solutionem facere recusaverunt, aliique relati apud Berlich. p. 2. concl. 25. n. 2. putaverunt, prorogatione temporis ad solvendum constituti liberari fidejussorem sine ulla distinctione. Alii vero distinguunt, utrum fidejussor simpliciter sine adjectione temporis fidem suam interposuit, an vero ad certum duntaxat tempus se obligavit: priore casu negant prorogatione solutionis effici, ut fidejussor liberetur; posteriore autem casu contendunt, data prorogatione termini fidejussorem liberari. Et hæc est communis Interpretum opinio, ut videre est apud Gom. 2. res. cap. 13. n. 21. Fachin. 2. contr. 88. Hering. tr. de fidej. c. 20. §. 12. n. 2. & 3. Berl. d. p. 2. concl. 25. n. 18., cui etiam Fachin. & Berlich. assentiuntur. Sed verius est neutro casu prorogatione solutionis liberari fidejussorem: nec ullus in jure nostro locus produci potest, quo contrarium probetur, siue fidejussio tempore determinata sit, siue indeterminata. Abutuntur autem Interpretes locis quibusdam, veluti l. 7. C. locat. l. 13. §. ult. ff. eod.; quippe quibus locis non agitur de prorogatione solutionis, sed de obligationis, pro qua fidejussor intervenerat, finitæ renovatione: nec illud dicitur, fidejussorem renovata obligatione liberari, sed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: ceterum ex priore contractu obligatus esse propterea non desinit, ut superiore capite plene demonstravimus. Igitur si debitori, qui ad certum diem se soluturum promiserat, eoque nomine fidejussorem dederat, creditor inscio fidejussore facultatem solvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejussorem liberatum videri; cum principalis obligatio*

gatio salva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejussoris oppositum est ad finiendam aut limitandam obligationem, quo casu aliud dicendum esset, respectu periculi sequentis temporis, *d.l.7.C.locat.*; sed ad faciendam solutionem & exactionem, *Gabr.3.comm.op.tit.de fidej. concl.3.Coler.de proc.ex.p.1.c.10.n.2.98. & seqq.* Nec durior fit conditio fidejussoris. Nam si jamdiu in obligatione mansit, nec diutius manere velit, potest ille sibi consulere ordinario juris remedio, quemadmodum & si reus labi facultatibus inciperet, *l.38.ff.mand.l.10.C.eod.c.ult.ext.cod.*. Quod si nec solvere ipse velit, nec petere adhuc possit, ut a fidejussoris periculo eximatur, boni consulere debet, quod dilationis reo concessæ beneficium sibi commune futurum sit, ut tardius ad solutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam est fidejussori, *l.ult.§.1.C.de us.rei jud.l.27.§.1.ff.de pact.*; qui proinde & ipse tanto plus habiturus sit intermedii temporis & spatii ad solvendum, *l.70.ff.de solut. Ant.Fab.C.suo for.tit.de fidej.def.25.Hering.d.tr.c.20.§.1.n.6. & seqq.*

Hoc igitur posito, quod prorogatio termini solutionis tantum differat exactionem, & manente principali obligatione moram debitoris duntaxat tollat, quæ alias & fidejussori, maxime in omnem causam obligato, noceret, *l.24.§.1.ff.de usur.l.88.ff.de verb.obl.l.54.ff.locat.*: necessario sequitur prorogatione non liberari fidejussorem, sed manere obligatum sive simpliciter, sive cum adjectione temporis se obstrinxerit: nam prorogatio fit cum omnibus suis accessoriis & qualitatibus, *Gom. & Coler.ubi sup.Perez.ad C.tit.de fidej.n.44.*: nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut possit dici in futurum liberatus, sicut in casu *d.l.7.*, aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum sublatae verbis stipulationis substituatur, ut possit dici plenissime atque etiam in præteritum liberatus, qui novationis effectus est, *l.18.ff.de novat.l.60.ff.de fidej.l.4.C.eod.*. Respondet *Berlich.* regulam illam, quod prorogatio secum trahit accessiones, de iis tantum accessionibus intelligendam esse, quæ ab ipsis contrahentibus dependent, *arg.l.13.§.ult.ff.locat.*. Sed non animadvertit, hac responsione effici, ut & fidejussor, qui

sim-

simpliciter sine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipse negat, & perspicue falsum est. Quod si quis dicat fieri posse, ut data dilatione ad solvendum debitor interim labatur facultatibus, iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejussori noceat: is sciat e contrario etiam fieri posse, ut debitor interim facultatibus augeatur, & prorogatio fidejussori profit: denique dilationes hujusmodi ex humanitate fere indulgeri solere ad petitionem debitorum, quibus in presentia solutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & solutionem expedire queant, *l. 21. §. 1. ff. de pec. const.* & similib. unde porro & ipse fidejussor hoc commodum sentit, ut nec illo toto eo tempore, quavis novo beneficio, exceptioni videlicet ordinis & excussionis, renuntiaverit, conveniri possit. Denique potest fidejussor, reo moram neccente, ipse in tempore solutionem offerre, & quod pro eo solvit, actione mandati, dum adhuc idoneus est, repetere, *l. 10. §. 11. ff. mand. l. 88. ff. de verb. obl.* . Errant autem illi, qui putant fidejussorem liberari, si creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad solvendum compelleret, isque dum cessat, debitor desierit esse solvendo. Nam in fidejussore subsidiario (quem vulgo fidejussorem indemnitate, quanquam improprie, vocant) singulare hoc est, ut si creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore cessante debitor fortunis exutus est, recte recuset actionem contra se creditori dari, *l. 41. pr. ff. de fidej.* . Secus autem est in fidejussore simplici, per textum expressum in *l. 62. ff. eod.* . Nec obscura est diversi juris ratio. Nam fidejussor indemnitate non idem promittit, quod reus debet, sed quod a reo servari non poterit: ut hujus fidejussoris obligatio conditionalis sit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi possit, quam facultates rei ex causa judicati excussæ sint, ut certo constet eum non habere, unde solvat, *l. 116. ff. de verb. obl.* . Quare si talis fidejussor, quod ei conditio stipulationis permittit, creditorem tempestive monuerit ut debitorem exigeret, & creditore cessante, ille postea solvendo esse desierit, perinde hoc habendum, ac si non contigisset, quoniam suum a debitore levare potuit, & monitus debuit, *arg. l. 155. & l. 161. ff. de reg. jur.* . At ceteri fidejusso-

res idem, quod reus principalis, promittunt, & statim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla sit in hujusmodi fidejussoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & cessantem cum fidejussore agere prohibeat, *Zaf. Don. Costal. & DD. comm. in l. ult. ff. de reb. cred. & in d. l. 116. ff. de verb. obl. Gail. 2. obs. 27. n. 13. Gom. 2. res. c. 13. n. 9.* Ceterum aliud dicendum videtur post constitutionem *Justin. de fidejussoribus non conveniendis nisi post reum principalem excussum, Nov. 4. auth. presente C. de fidejuss.*, ut jam omnis fidejussor, propter beneficium ordinis & excussionis, in subsidium obligatus videri possit, nisi huic beneficio renuntiaverit; & consequenter si denunciaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente debitor inidoneus factus sit, recte eum postulare, ne contra se actio detur, *arg. d. l. 41. ff. de fidej. ita Gom. d. c. 13. n. 9. post Bald. in l. ult. ff. de reb. cred. Paul. Castr. in d. l. 41. col. 1. Panorm. in C. fin. ext. de fidej.* Sed vix est, ut hoc iis largiri possim. Neque enim hoc vult *Justin. d. Nov. 4.*, ut fidejussores simpliciter accepti id, quod promiserunt, debeant sub conditione, si creditor id a reo servare non possit: sed cum simpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius a creditore efficaciter conveniri possint, quam ille cum reo principali egerit, eumque excusserit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, satisfacit constitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præcise cum reo experiatur, contra formam stipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l. 62. ff. de fidej.*, nec *d. Nov. 4.* mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, ut nemo invitatus agere cogatur, *tit. C. ut nem. inv. ag. vel acc. cog.* Plures differentias inter fidejussorem simplicem & subsidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud *DD. in l. ult. pr. ff. de reb. cred.* præsertim apud *Zaf. ibid. n. 3. & seqq.*

F I N I S





